شرح منح الجليل

على مختصر العلامة خليل

لتاج المحققين والمدققين

الشيخ محمد عليش

مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف

الجزء الثامن

دار الفكر

للطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م

دار الفكر
بيروت - لبنان
حارة حريك - شارع عبد النور
هاتف: ٢٧٣٦٥ - ٢٧٣٤٨٧ - ص.ب: ١١/٧٠٦١
برقياً: فكسي - تلكس ٤١٣٩٢ LE فكر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فصل ﴾

وكِراءُ الدّابّةِ كذَلِكَ ، وجازَ علىَ أنَّ عليْكَ علَفَها ، أو طَعامَ ربّها ، أو عَليْهِ طَعامَكَ ،

(فصل)

في بيان أحكام كراء الدواب والرباع

(وكراء الدابة كذلك) أي إيجار عاقل وممكن النقل غير السفينة والدابة في توقف الصحة على عاقد وأجر كالبيع والجواز والمنع واللزوم بمجرد العقد . وسائر الأحكام السابقة . ابن شاس أقسام الإجارة ثلاثة ، القسم الأول في استئجار الآدمي ، القسم الثاني في استئجار الاراضي ، القسم الثالث في استئجار الدواب وهي تستأجر لأربعة أوجه للركوب وللحمل وللاستقاء وللحرث .

(وجاز) كراء الدابة (على) شرط (أن عليك) يا مكتري (علفها) بفتح العين المهملة واللام والفاء أي ما تأكله الدابة لمكتراة وهو الكراء وحده أو مع نقد أو عرض أو طعام معلوم (أو) على أن عليك (طعام ربها) أي الدابة الذي يأكله في السفر وهو الكراء وحده أو مع شيء مما تقدم ، ولو مانعة خلو فقط ، فيجوز على أن عليك علفها وطعام ربها معاً كذلك (أو) على أن (عليه) أي رب الدابة (طعامك) يا مكتري الذي تأكله في سفرك إن اكتريتها بغير طعام . وفي هذا اجتماع إكراء وبيع في صفقة ، وهو جائز ، لأن بعض ما تعطيه لربها في ركوبها وبعضه في طعامك فيها لا بأس أن تكترى إبلاً من رجل على أن عليك رحلتها ، أو تكترى دابة بعلفها أو أجيراً بطعامه أو إبلا على

أو لِيَرْكَبَها في حَوائِجِهِ ، أو لِيَطْحَنَ بِهـا شَهْراً ، أو لِيَحْمِلَ عَلَى دَوابِّهِ مِائَةً ،

أن عليك علفها أو طعام ربها أو على أن عليه هو طعامك ذاهباً وراجعاً فذلك كله جائز وإن لم توصف النفقة ، لأنه معروف . وقد قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس أن يؤاجر الحر والعبد أجلاً معلوماً بطعامه في الاجل ، أو بكسوته فيه ، وكذلك إن كان مع الكسوة والطعام دنانير أو دراهم أو عروض بعينها معجلة فلا بأس به . وإن كانت عروضاً مضمونة بغير عينها جاز تأخيرها إن ضربا لها أجلاً كأجل السلم .

(أو) كراؤها (ليركبها) أي المكتري الدابـة (في) قضاء (حوائجه) أي المكتري شهراً فيها ، ومن اكترى دابة ليركبها في حوائجه شهراً مني شاء في ليل أو نهار ، فإن كان على ما يركب الناس الدواب جاز . أبو الحسن معناه في البلد ونقل اللخمي عنها يكتريها شهراً على أن يركبها في حوائجه حيث شاء ، وإن كانت تقل مرة وتكثر أخرى للضرورة ، إذ لا يقدر على تعيين ما يحتاجه ا هـ ، فتأمله مع نصها. وفي الشامل أو لتركبها في حوائجك إن عرف ، وقيل للضرورة ، وظـاهره أن كلام اللخمي مخالف لها في اشتراطها معرفة ذلك للناس ، واللخمي لم يشترطها وإنما الجواز عنده للضرورة ، وهذا خلاف قول أبي الحسن تعليل اللخمي خلاف ظاهر الكتاب ، لأن ظاهره جوازه من غير ضرورة ، لأنه معروف اهـ ، فعلى هذا يوافق اللخمي الكتاب على شرط معرفة الناس ، وإنما يخالفه في تقييده بالضرورة قاله طفى .

(أو) أي ويجوز كراؤها (ليطحن) أي المكتري (بها) أي الدابة (شهراً) معيناً فيجوز وإن لم يذكر قدر ما يطحنه بها كل يوم فيها عقب ما تقدم عنها ، وكذلـك إن اكتراها لطحن قمح شهراً بعينه ولم يذكركم يطحن كل يوم جاز ، لأن طحين الناس كل يوم معروف . اللخمي إن اعتادوا طحن نوع خاص كقمح جاز ، وإن كان مرة شعيراً ومرة قمحاً ومرة أرزاً وكانت الاجارة على كل واحد بانفراده سواء ومتقاربة جاز وإن تباعدت فلا يجوز إلا بتعيين النوع .

(أو) أي يجوز كراؤها (ليحمل) المكتري (على دوابه) أي المكري (مائة)

وإنْ لَمْ يُسَمِّ ما لِكُلٍّ ، وعَلى حَمْلِ آدَمِيٍّ لَمْ يَرَهُ ، ولَمْ يَلْزَمْهُ الفادِحُ ، بِخِلافِ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ ، وَبَيْعُها، واسْتِثْناءُ رُكُوبِها الثَّلاثَ

من أرادب القمح أو قناطير القطن أو من الرقيق فيجوز إن سمى لكل دابة ما تحمله من المائة ، بل (وإن لم يسم) المكتري قدر (ما لكل) من دوابه من المائة ويحمل على كل دابة ما تطيق حمله ، فيها من استأجر دواب لرجل واحد في صفقة ليحمل عليها مائة اردب قمح ولم يسم ما يحمل على كل دابة جاز ، ولتحمل كل دابة بقدر قوتها وان كانت الدواب لرجال شتى وحملها مختلف فلا يجوز ، إذ لا يدري كل واحد ما أكرى دابته لحمله.

(و) جاز كراء دابة (على حمل آدمي) غير معين من مصر للمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام (لم يره) أي الآدمي الذي أريد حمله صاحب الدابة ليسارة الغرر بتقارب الأجسام غالباً (ولم يلزمه) أي رب الدابة الآدمي (الفادح) بالفاء وإهمال الدال والحاء ، أي الخارج عن المعتاد في عظم جسمه وثقله . عياض الفادح من الرجال والأحمال الثقيل جداً الذي تهلك الدابة تحته .

(بخلاف ولد ولدته) المرأة في سفرها فيلزم الجمال حمله ، لأن شأنها ذلك . فهو داخل عليه ولأنه كان محمولاً معها في بطنها . فيها من أكرى دابة من رجل على حمل رجلين أو امرأتين لم يراهما جاز لتساوي الأجسام إلا الخاص، فإن أتاه بفادحين فلا يلزمه ذلك أراد لا يلزمه حملهما والكراء باق بينهما ويأتيه بالوسط من ذلك أو يكرى الإبل في مثل ذلك. وأجاز الإمام مالك «رض» للمكتري أن يحمل في عيبته ثوباً أو ثوبين لغيره ، ولا يخبر بذلك الجمال وهو من شأن الناس ولو تبين هذه الأشياء بوزنها كان أحسن، وإذاولدت المكترية في الطريق أجبر الجمال على حمل ولدها وإن لم يشترط ذلك . ابن يونس أراد لأنه العرف . ابن عرفة ظاهرها لا يحتاج لتعيين الراكب من رجل أو امرأة والأظهر وجوب تعيين أحدهما لأن ركوب النساء أشد .

(وجاز بيعها) أي الدابة (واستثناء) أي اشتراط بائعها (ركوبها) أي الدابة (الثلاث) من الأيام وأولى اليومين واليوم ، القرطبي في شرح صحيح مسلم لحديث جابر بن

لاَ جُمعَةٌ . وكُرِهَ ٱلْمُتَوَسِّطُ ، وكِرَاءُ دابَّةٍ شَهْراً ، إنْ لَمْ يَنْقُدْ ، والرِّضا بِغَيْرِ ٱلْمُعَيَّنَةِ الْهالِكَةِ ، إنْ لَمْ يَنْقُدْ ،

عبد الله «رض» في الصحيحين أن رسول الله ﷺ اشترى منه جملاً في رجوعهم إلى المدينة وجعل له ركوبه اليها ثم أعطاه الثمن ، ثم الجمل ، وقيده مالك«رض» بقرب المسافة (لا) يجوز بيعها واستثناء ركوبها (جمعة وكره) بضم فكسر (المتوسط) بين الثلاثة والجمعة ، أي استثناء ركوبه وهو الأربعة والخمسة والستة . فيها للإمام مالك « رض » من باع دابة فاستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو يسافر عليها اليوم أو الى المكان القريب جـــاز ، ولا ينبغي فيا بعد ، إذ لا يدري المبتاع كيف ترجع اليه وضمانها من المبتاع فيا يجوز استثناؤه ومن البائع فيا لا يجوز . اللخمي من باع راحلة واستثنى ركوبها يومـاً أو يومين في الحضر أو السفر جاز وكره ما زاد على ذلك ، ويمنع ما كثر كالجمعة . أبو الحسن قوله يوماًأويومين أي أو ثلاثة ، ونحوه لابن رشد والمازري.وحمل أبو الحسن قوله لا ينبغي على المنع ولوقش المصنف بأن كراهة المتوسط اللخمي ، والثالث داخل فيه عنده .

(و) يجوز (كراء دابة) معينة ليركبها المكتري من مصر إلى المدينـــة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام على أن يتأخر الشروع في ركوبها (شهراً إن لم ينقد) أي يدفع المكتري الكراء للمكري عند ابن القاسم،ومنعه غيره ، ومفهوم شهراً جواز مـــا دونه وإن نقد . ومفهوم إن لم ينقد منعه إن نقـــد وهو كذلك فيهاءغ » في بعض النسخ وكراء دابة إن لم ينقد إلى شهر بجر شهر بإلى وهو الصواب ، فهو إشارة إلى قولهـــا ومن اكترى راحلة بعينها على أن يركب إلى اليوم أو اليومين وما قرب جاز ذلك وجـاز النقد فيه وإن كان الركوب إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقده ، وقال غيره لا يجوز ا هـ. وقال «ق» لعله إلى شهر ، ونقل نصها المتقدم .

(و) إن اكترى دابة معينة ليركبها من مصر إلى مكة مثلاً وهلكت في أثنائها جـاز (الرضا ب) دابة معينة أو مضمونة يركبها باقي المسافة (غير) الدابة (المعينة الهالكة) في الاثناء (إن لم ينقد) المكتري الكراء للمكري ، فإن كان نقده فلا يجوز الرضا بغير المعينة

أو نَقَدَ ، وَاضْطُرَّ ، وفِعْلُ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَيْهِ، ودُونَهُ، وحَمْلٍ بِرُؤْيَتِهِ ، أو كَيْلِهِ ، أو وَزْنِهِ ، أو عَدِّهِ ، إنْ لَمْ تَتَفَاوَتْ ،

لانفساخ الكراء بهلاكها ووجوب الرجوع بحصة الباقي،وهو دين في ذمة المكري ، فإن رضي بغيرها فقد فسخ ديناً في دين (أو) كان (نقد) الكراء للمكري (و) قد (اضطر) المكترى للرضا بغير المعينة لعدم جوده دابة يكتريها أو يشتريها وهو في مفازة يخشى الهلاك فيها إن لم يرض بغير المعينة فيجوز رضاه بغيرها وإن لزمه فسخ دين في دين للضرورة ومفهوم المعينة جواز الرضا بغير المضمونة الهالكة ، وإن كان نقد الكراء لعدم انفساخ الكراء بهلاكها .

فيها للإمام مالك «رض» ولو هلكت الدابة المعينة ببعض الطريق ، أي وقد نقده فلا ينبغي أن يعطيه دابة أخرى يركبها بقية سفره إلا أن يصيبه ذلك بفلاة وموضع لا يوجد فيه كراء فلا بأس به في الضرورة إلى موضع مستعتب فقط ، وسواء تحول في كراء معين أو مضمون إذا كان الكراء الأول معيناً . ابن رشد إن لم ينقد جاز لأنه كراء مبتدأ .

(وفعل) المستأجر الفعل (المستأجر) بفتح الجيم (على) فعله (ه) وهذا معلوم،وذكره توصلا لما بعده ومساويه (ودونه) بالاولى و (لا) يجوز له أن يفعل فعلاً (أضر) منه بفتحات مثقلا . فيها من اكترى دابة لحمل محمل فحملها زاملة فعطبت ،فإن كان ذلك أقل من المحمل أو مساوياً له فلا يضمن ، وله أن يحمل غير ما سمى إن لم يكن ذلك أضر ولا اثقل من محمل .البناني أي فعل مثله وليس المراد به عين المعقود عليه كما في « ز » وغيره فلا فائدته .

(و) جاز كراء دابة لحمل (برؤيته) أي المحمول من غير بيان جنسه اكتفاء برؤيته . ابن القاسم ويكون قدر المحمول عرفاً أو نصا (أو) بـ (كيله) أي المحمول كاردب (أو) بـ (وزنه) كقنطار (أو عدده) كائنة (إن لم يتفاوت) المكيل بالخفة والثقل أو الموزون باليبونة واليبوسة أو المعدود بالكبر والصغر . ابن شاس الجهة الثانية استئجار الدابة للحمل ، ويعرف المحمول بالرؤية إن حضر ، فان غاب فبذكر الكيل أو الوزن أو العدد

فيما لا كثير تفاوت بين آحاده ، فيها من اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم،فذلك لازم على ما عرفوا من الحمل . وقال غيره لو سمى حمل طعام أو بز أو عطر جاز ، وحملها قدر حمل مثلها .

عياض اختلف في تأويل هذا فحمله بعض القرويين على الخلاف وأن معنى قوله قد عرف حملهم أي قدره والاندلسيون على الوفاق أي عرفوا جنس ونوع ما يحملون من التجارة ولا يضرهم جهل قدره، واليه ذهب فضل،وهو ظاهر الكتاب انه متى عرف جنسه لم يبال بعدم معرفة قدره،وحملت الدابة حمل مثلها ، وقد قاله في الباب قبل هذا في مكترى دواب من واحد ليحمل عليهامائة أردب ولم يسم ما تحمل كل دابة جاز ويحمل على كل دابة ما تقوى على حمله ، وكذا قوله في زاملة الحاج .

أبو الحسن حاصل هذا أن القرويين قالوا لا يجوز وإن سمى الجنس حتى يعرف القدر إما بنص أو عرف ولا يكفي الاجتهاد،وقال الاندلسيون إن سمى الجنس جاز ، ويصرف القدر للاجتهاد ، وممن أول بالخلاف . اللخمي فقال ان سمى قدر ما يحمل دون جنسه لم يجز فقد يتفق الوزن ويختلف الكراء لاختلاف المضرة كالكتان والرصاص المستويين وزنا واختلف إذا سمى الجنس دون القدر فمنعه ابن القاسم واجازه غيره . ويحمل عليها حمل مثلها ، والاول أحسن،إذ قد لا يعرف قدر ما تحمله إلا ربها،وتبع المصنف ابن شاس ابن الحاجب في حمل كلام الغير على الخلاف لاختياره اللخمي، وقوله إن لم يتفاوت خاص بالمعدود كما قال الشارحان،وبه قرر ابن عبد السلام وابن فرحون وهو الظاهر ، إذ ذكر الجنس لا بد منه كما في التوضيح وغيره،والجنس المكيل أو الموزون لا يتصور فيه تفاوت بالخفة والثقل أفاده طفي .

(و) من اكترى دابة لحج أو غيره ثم تقايلا جازت (الإقالة) من الاكتراء إن كانت (قبل النقد) للكراء من المكتري للمكري ، سواء كانت بالكراء أو بأزيد منه، وسواء كانت الزيادة دنانير أو دراهم أو عرضاً بشرط تعجيلها ، لأن المكري اكترى الدابة من المكتري بالكراء فقط أو به وبالزيادة،فإن أجلت الزيادةمنعت الاقالة لأنه فسخ دين في دين.

وَبَعْدَهُ ، إِنْ لَمْ يَغِبْ عَلَيْهِ ، وإِلاَّ فَلاَ ، إِلاَّ مِنَ الْمُكْتَرِي فَقَطْ ، إِن اقْتَصَّا ، أو بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ ،

(و) تجوز الإقالة منه (بعده) أي النقد (إن لم يغب) المكرى (عليه) أي الكراء (وإلا) أي وإن كان غاب علية (فلا) تجوز الإقالة لاتهامهما على السلف بزيادة (إلا أن) تكون الزيادة (من المكتري فقط) أي دون المكري فتجوز (إن) كانا (اقتصا) أي شرطا المقاصة ليسلما من ابتداء الدين بالدين (أو) تقايلا بزيادة من المكري أو المكتري (بعد سير كثير) لنفيه تهمة السلف بزيادة ما فتجوز عند الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما ، واستحسنه اللخمي .

الخرشي كلام المصنف هذا في الإقالة بزيادة من المكتري على المنافع ومن المكري على الكراء، وأما الإقالة بالكراء فجائزة من غير تفصيل، سواء كانت قبل النقد أو بعده غاب المكري على النقد ام لا لانتفاء علة المنع حينئذ، وهي تهمة السلف بزيادة، وبهذا تبين لك أن في كلام المصنف ما دل على أن مراده الإقالة بزيادة فلا حاجة إلى نسخة ابن غازي واقالة بزيادة الخ .

طفى ليس في نسخة تت لفظ بزيادة ، فلذا قال سواء كان على رأس المال أو أزيد . وفي بعض النسخ وإقالة بزيادة ، وعليها شرح جمع من الشراح ، لان التفصيل في الإقالة بزيادة أما على رأس المال فتجوز مطلقاً قبل النقد وبعده ، اللخمي الاقالة من الكراء إذا لم تكن بزيادة من المكري ولا من المكتري فهي جائزة بعد النقد ، وتجوز أيضاً قبله على أنها حل بيع أو ابتداء بيع ، وأن الذمم تبرأ بها ومن لم يقل ببراءة الذمم بها يمنع ذلك في المضمون وهو فسخ دين في دين عند أخذ الدين الذي في ذمته وهو الركوب عن دين استحقه عنده وهو الكراء . وإن كان الركوب معيناً جاز ، لان تصرف المكتري فيها الآن بالبيع وغيره مقارن أخذ المكري منافع عن دين اهـ ، واقتصر ابن عرفة على كلام اللخمي هذا .

البناني حاصل مسالة الإقالة بزيادة في الكراء كما في المقدمات أن الزيادة في الكراء المضمون بالذهب إما ذهب أو فضة أو عرض ، وهي فيها اما معجلة أو مؤجلة فهذه ستة وهي في كل منها إما من المكتري ، وإما من المكري ، فهذه اثنتا عشرة وفي كل منها

إما قبل النقد أو بعده ، فهذه أربع وعشرون ، فإن كانت الزيادة من المكتري قبل النقد فتجوز إن عجلت وكانت ذهباً أو عرضاً ، وإن كانت فضة فتجوز إن كانت أقل من صرف دينار ، فإن أجلت امتنعت في الثلاث لأنها في الذهب كراء وسلف ، وفي الفضة كراء وصرف مؤخر ، وفي العرض فسخ دين في دين وإن كانت من المكتري بعد النقد غاب المكري على الكراء أم لا ، فتجوز المعجلة من العرض مطلقاً ، ومن الذهب بشرط المقاصة ومن الفضة بشرط كونها أقل من صرف دينار وتمنع المؤخرة من الذهب ، لأنه بيع عرض وذهب بذهب لأجل قاله ابن رشد ، وفيه كراء وسلف أيضاً ومن الفضة لأنه صرف مؤخر ، ويجوز من العرض بشروط السلم ، فهذه اثنتا عشرة في زيادة المكتري يمتنع خمس منها[1] وإن كانت الزيادة من المكري قبل النقد أو بعده وقبل الغيبة عليه فتجوز المعجلة ذهباً أو فضة أو عرضاً وتمنع المؤخرة ذهباً أو فضة أو عرضاً ، لأنه فسخ دين في دين ، وتمنع بعد الغيبة فيها إلا بعد سير كثير يدفع التهمة فتجوز ، وتمنع الثلاث إن أخرت مطلقاً فهذه اثنتا عشرة في زيادة المكري[2]

(١) (قوله خمس منها) أي الاثنتي عشرة وهي الزيادة قبل النقد المؤخرة، سواء كانت ذهباً أو فضة أو عرضاً والزيادة بعده المؤخرة إن كانت ذهباً أو فضة ، وتجوز السبع الباقية وهي الزيادة المعجلة قبل النقد أو بعده ، سواء كانت ذهباً أو فضه أو عرضا فهذه ست والمؤخرة بعده إن كانت عرضاً .

(٢) (قوله فهذه اثنتا عشرة صورة في زيادة المكري) أقول المناسب ثماني عشرة صورة ، لأن الإقالة بزيادة المكري إما قبل النقد وإما بعده، وقبل الغيبة عليه وإما بعده، وبعد الغيبة عليه . وفي كل الزيادة إما ذهب وإما فضة وإما عرض فهذه تسع ، وفي كل الزيادة إما معجلة وإما مؤجلة ، فهذه ثماني عشرة تجوز ست منها وهي الإقالة بزيادة معجلة قبل النقد أو بعده، وقبل الغيبة عليه ذهباً كانت الزيادة أو فضة أو عرضاً، وتمنع اثنتا عشرة منها وهي الإقالة بزيادة مؤجلة قبل النقد أو بعده، وقبل الغيبة عليه ذهباً كانت أو فضة أو عرضاً فهذه ست والإقالة بعد الغيبة على النقد بزيادة معجلة او مؤجلة ذهباً كانت أو فضة أو عرضاً، فهذه ست أيضاً إلا الإقالة بزيادة معجلة بعد سير كثير نافٍ للتهمة ذهباً كانت أو فضة أو عرضاً، ولعل وجه جعلها اثنتي عشرة عدا الإقالة قبل النقد وبعده ، وقبل الغيبة عليه واحداً .

تجوز منها ثلاث[1] هذا حاصل ما لابن رشد ، وبه تعلم أن قول المصنف إلا بعد سير كثير إنما هو في زيادة المكري بعد غيبته على الكراء ، وهذا كله في كراء الدابة المضمونة.

وأما المعينة فإن نقد الكراء بشرط أو عرف، فإن كانت الزيادة من المكاري وعجلت فتجوز بالذهب وتمنع بالعرض ، لأنه ذهب منقود ومنافع بذهب لأجل وبالفضة للصرف المؤخر ، وتجوز بالذهب المؤخر بشرط المقاصة وتمنع بالفضة لأنه صرف مؤخر وبالعرض لأنه فسخ دين في دين ، وإن كانت من المكري وعجلت فتجوز بذهب أو فضة أو عرض وتمنع بالمؤجل في الثلاثة لأنها في الذهب والعرض فسخ دين في دين ، وفي الفضة صرف مؤخر ، فهذه ثنتا عشرة صورة في المعين المؤجل ، وفي المعين المعجل أربع وعشرون فمجموع صور المعين ست وثلاثون . وأما الإقالة في الدور فهي كالاقالة في الكراء المعين ففيها ست وثلاثون أيضاً إلا في مسألة واحدة ، وهي إذا غاب المكري على المال فلا تجوز الاقالة على الزيادة منه ، وإن طال ذلك فلا يكون سكنى بعض المدة كسير بعض المسافة لضعف التهمة في المسافة ، فتحصل مما تقدم أن مجموع صور الاقالة بزيادة ست وتسعون بتقديم المثناة هكذا حصلها أبو الحسن وابن رشد وصاحب التكميل ، ونظمها أبو الحسن وغيره ، ووضع لها في التكميل جدولاً ، وأما الأرض فإن كانت مأمونة فكالدور وإن كانت غير مأمونة فزيادة المكري لا تجوز نقداً لاحتمال عدم ريها فيفسخ الكراء ، والله أعلم.

(و) يجوز اشتراط حمل (هدية) الحاج لـ (مكة) على المكري (إن عرف) بضم

---

(١) (قوله ثلاث) هي المتقدمة في قوله قبل النقد أو بعده وقبل الغيبة عليه ، فتجوز المعجلة ذهباً أو فضة أو عرضاً ، أي وتمنع التسع الباقية من الاثنتي عشرة وهي الزيادة المؤخرة قبل النقد أو بعده وقبل الغيبة عليه ذهباً أو فضة أو عرضاً فهذه ثلاث والزيادة بعد الغيبة على النقد معجلة أو مؤخرة ذهباً أو فضة أو عرضاً ، فهذه ست إلا المعجلة بعد سير كثير .

فكسر قدرها،فيها لو شرط عليه حمل هدايا مكة، فإن كان أمراً عرف وجهه جاز،وإلا فلا يجوز . أبو الحسن أي كسوتها وطيبها فظاهره جواز تطييبها وكسوتها إلا أن الصدقة أفضل كما قال في كتاب الصلاة الأول ، ويتصدق بثمن ما يخلق به المسجد أو يجمره أحب إلي ا هـ ، وقد قالوا إن كسوة الكعبة مخصصة لعموم النهي عن كسوة الجدران ، وبهذا قرره الشارح ، وقرره البساطي على أنه يجوز للمكري أن يشترط على المكتري هدية وصوله إلى مكة إن عرف قدرها .

(و) يجوز للمكتري اشتراط (عقبة) بضم فسكون ، أي ركوب (الأجير) أي الخدام الذي يقود به الدابة الميل السادس على الدابة مع المكتري أو بدله ويمشيه المكتري. قال الامام مالك رضي الله عنه لا بأس أن يكتري محملا ويشترط عقبة الأجير . ابن يونس لأنه أمر معروف وهو رأس ستة أميال، ومعناه أنه يركب الميل السادس،وفي ندب اشتراط عقبة الأجير ليخرج من كراهة فعل مثل ما استؤجر له ووجوبه ليخرج من حرمة فعل الأضر مما استؤجر له قولان.أبو الحسن أي يعقبه أجيره في الركوب.بعضهم يرفع الاشتراط الكراهة لأنه يكره إكراؤه لغيره إن أكراها للركوب . أبو الحسن ليس هذا ببين لأنه إن لم يشترطها وعاقبه صار كمن أكرى لمن هو أثقل منه ، لأن العيى أثقل من غيره أبداً، ففائدته رفع المنع ا هـ، والاول ظاهر سماع عيسى ابن القاسم، والثاني نص قول أصبغ فيه ابن رشد وهو القياس ، والمتبادر من كلام المصنف الجواز المستوي الطرفين فلا يؤخذ منه ندب ولا وجوب .

(لا) يجوز اكتراء جماعة مشاة دابة لحمل أزوادهم بشرط (حمل من مرض) منهم عليها لأنه غرر وجهالة ، وقد يظهر صحيح المرض لرغبته في الركوب فيؤدي للتنازع . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من تكارى من رجل إلى مكة مثل ما يتكارى الناس فلا يجوز وإن اكرى مشاة على أزوادهم على أن لهم حمل من مرض منهم فلا يجوز .

(ولا) يجوز اكتراء دابة معينة من مصر إلى مكة مثلا و (اشتراط إن ماتت)دابة

مُعَيَّنَةَ أتاهُ بِغَيْرِها : كَدَوابٍّ لِرِجالٍ ، أو لِأَمْكِنَةٍ ، أو لَمْ يَكُنِ الْعُرْفُ نَقْدَ مُعَيَّنٍ. وإنْ نَقَدَ ،

(معينة) أو عجزت (أتاه) أي المكري المكتري (بغيرهـــا) أي المعينة الهالكة ليركبها في بقية المسافة إن كان نقد الكراء ولو تطوعاً لأنه يصير فسخ دين في دين وإن لم ينقد جاز ابن يونس ابن القاسم وعبد الملك من اكترى دابة بعينها إلى بلد بعينها ثم أراد أن يتحول إلى دابة أوطأ منها فلا يجوز بزيادة ولا بغيرها . قال في الواضحة ولو شرط في أول كرائه أنها إن ماتت فدابته الأخرى بعينها مكانها إلى غاية سفره أو شرط أن كراءه باق مضمون عليه فلا خير فيه .

وشبه في المنع فقال (كـ) ا كتراء (دواب) مملوكة (لرجال) لكل رجل دابة أو لرجل واحدة والباقي لآخر أو مشتركين فيها بأجزاء مختلفة لحمل أحمـــال مختلفة من غير تعيين ما لكل دابة فلا يجوز للجهل بما تحمله كل دابة وتأديته للتنازع . فيها وإن كانت الدواب لرجال شتى وأحمالها مختلفة فلا يجوز ، إذ لا يدري كل واحد ما أكرى دابته لحمله (أو) كراء دواب في صفقة (لأمكنة مختلفة) كبرقة وأفريقية وطنجة من غير تعيين ما لكل دابة منها فلا يجوز،ولو كانت لمالك واحد لا ختلاف أغراض المتكاريين. لأن المكتري يرغب في ركوب القوية للمكان البعيد والمكري يرغب في عكسه إبقاء لقوة القوية ففيه مخاطرة وتنازع قاله ابن يونس . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى دابتين واحدة إلى برقة والأخرى إلى إفريقية وهما لرجل واحد فلا يجوز حتى يعين التي إلى برقة والتي إلى افريقية .

(أو) كراء دابة بشيء معين من عرض أو حيوان أو طعام و (لم يكن العرف) في بلد الكراء (نقد) أي تعجيل كراء (معين) ولم يشترط تعجيله أيضاً فلا يجوز إن لم ينقداه ، بل (وإن نقداً) أي عجلا الكراء المعين ، فإن عرف تعجيله أو شرط جاز،فيها من اكترى دابة أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه ، فإن كانت سنة البلد الكراء بالنقد جاز ، وإن لم يكن سنتهم الكراء بالنقد فلا يجوز، وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن

أو بِدَنانِيرَ عُيِّنَتْ ، إلاَّ بِشَرْطِ الخَلَفِ ، أو لِيَحْمِلَ عَلَيْها ماشاءَ .
أو لِمَكانٍ شاءَ . أو لِيُشَيِّعَ رَجُلاً .

يشترط النقد في العقد وأعاد هذا وإن قدمه بقوله وفسدت إن انتفى تعجيل المعين ليرتب عليه قوله ، وإن نقد ، وهذا في غير الدنانير والدراهم لذكرهما بعده (أو) كراء دابة مثلاً (بدنانير) أو دراهم (عينت) بضم فكسر مثقلاً وهي غائبة عن مجلس الكراء بأن كانت موقوفة على يد قاض أو وديعة عند آمين فلا يجوز (إلا بشرط الخلف) على المكتري إن تلفت قبل قبضها المكري ، فإن كانت حاضرة عرف أو شرط تعجيلها جاز وإلا فلا وإن عجلت .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن اكترى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد فإن كان الكراء بالنقد قضى به وإلا فلا يجوز إلا أن يشترط تعجيلها في العقد كقول الإمام مالك «رض» فيمن ابتاع سلعة بدنانير ببلد أخرى عند قاض أو غيره ، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز ، وإلا فلا يجوز ، فأحرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله أن لا يجوز إلا أن يشترط في الدنانير إن تلفت فعليه مثلها .

(أو) اكتراء دابة (ليحمل) المكتري (عليها) أي الدابة (ما) أي المتاع الذي (شاء) المكتري حمله عليها فلا يجوز للغرر والجهالة ، لأن المحمولات تختلف بالثقل والخفة واليبوسة والليونة (أو) ليركبها (لـ) أي (مكان شاء) المكتري فلا يجوز لاختلاف الطرق بالسهولة والصعوبة والطول والقصر والأمن والخوف . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها فلا يجوز إلا من قوم قد عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا به من الحمل . ولو قال احمل عليها حمل مثلها مما شئت فلا يجوز لاختلاف ضرر الأشياء في الحمل ، وكذلك ليركبها إلى أي بلد شاء لا يجوز لاختلاف الطرق بالسهولة والوعورة ، وكذلك الحوانيت والدور وكل ما تباعد الاختلاف فيه ، لأن فيه ما هو أضر بالجدران .

(أو) اكتراها (ليشيع) بضم التحتية الأولى وفتح الشين المعجمة وكسر التحتية

أو بِمِثْلِ كِراء النَّاسِ. أو إنْ وَصَلتُ في كذا فَبِكَذا . أو لِيَنْتَقِلَ لِبَلَد وإنْ ساوَتْ . إلاَّ بإذْنٍ

الثانية مثقلة المكتري عليها (رجلاً) مسافراً ، أي يسير معه بعض المسافة تأنيساً له وتدريباً على السفر وجبراً لخاطره وتوديعاً له من غير ذكر نهاية التشييع ، فلا يجوز للجهل بغايته فيها لا يجوز كراء دابة ليشيع عليها رجلاً حتى يسمى منتهى التشييع، قال غيره إلا أن يكون مبلغ التشييع بالبلد قد عرف فلا بأس به .

(أو) اكتراء دابة من مصر لمكة مثلا (بمثل) بكسر فسكون (كراء الناس) الذي يظهر في المستقبل فلا يجوز للجهل بقدر الكراء حال عقده . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من تكارى من رجل الى مكة بمثل ما يتكارى به الناس لم يجز . أبو الحسن أما في المستقبل فمجهول ، وانظر إذا كان مثل كراء الناس في الماضي فهل يجوز لأنه معلوم أو لا يجوز لاختلاف أكرية الدواب اهـ .طفي الظاهر أن المصنف تابع في هذه المسائل كلها المدونة ، فعليه أن يتبع لفظها في التعبير بالمستقبل .

(أو) كراء قال فيه (إن وصلت) من مصر إلى مكة (في كذا) يوماً كثلاثين (فـ) الاكتراء (بكذا) درهماً كعشرة ، وإن وصلت اليها في أكثر من ذلك فبخمسة دراهم مثلا فلا يجوز للجهل بقدر الأجرة والغرر حال العقد . فيها لابن القاسم من اكترى رجل دابة على أنه إن بلغه موضع كذا يوم كذا فله كذا درهماً وإلا فلا كراء له لم يجز، وكذلك على أنه إن بلغك إلى مكة في عشرة أيام فله عشرة دنانير، وإن أوصلك في أكثر فله خمسة دنانير فلا يجوز ، ويفسخ إن نزل قبل الركوب ، فإن ركب للمكان فله كراء مثله في سرعة غيره وإبطائه ولا ينظر لما سمياه .

(أو) أي ولا يجوز أن (ينتقل) أي يعدل المكتري دابة ليسافر عليها إلى بلد معين السفر عليها (لبلد) آخر غير الذي اكتراها إليه إن لم تساوها ، بل (وإن ساوت) التي انتقل إليها التي اكترى اليها في قدر المسافة وسهولتها أو صعوبتها (إلا باذنه) أي المكري لاختلاف الطرق بصداقة أهلها وعداوتها المكري فيحتمل إن أهل الأولى اصدقاؤه فلا

كإرْدافِهِ خَلْفَكَ ، أو حَمْلِ مَعَكَ ، والكِراءُ لَكَ ، إنْ لَمْ تَحْمِلْ زِنَةً : كالسَّفِينَةِ ،

يخشى على دابته منهم وأهل الثانية أعداؤه فيخشى عليها منهم ، فإن أذن له ربهـا في الانتقال جاز ، وقال غيره لا يجوز لأنـه فسخ دين في دين فيها من اكترى من رجل على حمولة إلى بلد فليس له صرفها إلى غير ذلك البلد الذي اكترى اليه وإن ساواه في المسافة والسهولة أو الصعوبة إلا باذن المكري ، ولم يجزه غيره وإن رضيـا ، لأنه فسخ دين في دين .

وشبه في المنع فقال (كاردافه) أي رب الدابة التي اكتريتها منه بعينها رديفاً (خلفك) يا مكتري عليها فلا يجوز له (أو حمل) عليها (معك) متاعاً له أو لغيره فلا يجـوز له لأنك ملكت جميع منفعتها إلى نهاية سفرك . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه وإن اكتريت دابة بعينها فليس لربها أن يحمل تحتك متاعاً ولا يردف خلفك رديفاً ، وكأنك ملكت ظهرها وكذلك السفينة (و) إن أردف شخصاً خلفك أو حمل عليها شيئاً معك فـ (الكراء) للرديف أو المحمول معك حق (لك) يا مكتري (إن لم تحمل زنة) معلومة فإن اكتريت منه حمل زنة معلومة فكراء الزائـد لربها ، وله الزيادة إن لم تضر الزيادة بالمكتري ، فإن أضرت به بان كان يصل في يومها بدونها وبها لا يصل إلا في يومين فيمنع المكري من الزيادة ، أفاده البناني .

فيها للامام مالك رضى الله تعالى عنه إن حمل في متاعك على الدابة متاعاً بكراء أو بغير كراء ، فلك كراؤه إلا أن تكون اكتريت منه حمل أرطال مسماة ، فالزيادة له . قال أشهب رحمه الله تعالى إن أكراه ليحمله وحده أو مع متاعـه فكراء الزيادة للمكتري . ابن يونس غير واحد من أصحابنا قول أشهب وفاق لقول ابن القـاسم رحمهما الله تعالى .

وشبه السفينة بالدابة في جميع ما تقدم من قوله وكراء الدابة كذلك فقال (كالسفينة و) من اكترى دابة لركوبه عليها من مصر لمكة مثلاً ثم اكراهـا لغيره فعطبت أو ضاعت

وَضَمِنَ إنْ أكْرَى لِغَيْرِ أمِينٍ ، أوْ عَطِبَتْ بِزِيادَةِ مَسافَةٍ أوْ حَمْلٍ تَعْطُبُ بِهِ ، وإلاَّ فَالْكِراءُ : كَأنْ لَمْ تَعْطَبْ ،

(ضمن) المكتري الاول قيمتها (إن أكرا) ها (لغير أمين) أو لأثقل منه ، فإن أكراها لأمين مثله أو أخف منه فلا يضمنها . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من اكترى دابة ليركبها فحمل عليها مكانه مثله في الخفة والامانة فلا يضمنها وإن أكراها ممن هو أثقل منه أو من غير مأمون ضمن . البناني حاصله مع زيادة أن الدابة إذا تلفت عند الثاني فإما عمداً أو خطأ أو بسماوي ، وفي كل إما أن يعلم بتعدي الاول أو بانه مكتر فقط أو يظن أنه المالك ، فإن كان عمداً ضمن مطلقاً ، وإن كان خطأ فإن علم بالعداء ضمن وإلا فقولان ، وإن كان بسماوي فإن علم بالتعدي ضمن مطلقاً ، وإن علم بالكراء فقط ضمن إن أعدم الاول وإن ظنه المالك فلا ضمان عليه والله أعلم .

(أو عطبت) بفتح العين وكسر الطاء المهملين الدابة المكتراة (بـ) سبب (زيادة) المكتري على (مسافة) مشترطة زيادة لها بال نحو ميل ، فيضمن قيمتها يوم بلوغها إلى نهاية المسافة المشترطه أو كراء الزيادة الخيار للمكري ، وسواء كان شأن الزيادة التعطيب أو السلامة ، فإن سلمت فله كراؤها فقط . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإذا بلغ المكتري الغاية التي اكترى اليها ثم زاده ميلاً أو نحوه فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول ، والخيار في أخذ كراء الزيادة بالغاً ما بلغ أو قيمة الدابة يوم التعدي . ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنهما يضمن في زيادة الميل ونحوه ، وأما مثل ما يعدل الناس اليه في المرحلة فلا يضمن .

(أو) عطبت بسبب زيادة (حمل) على الحمل المشترط شأنه (تعطب) بفتح الفوقية والطاء المهملة الدابة (بـ) سبب زيادة مثل(ه) فيضمن قيمتها يوم الزيادة أو كراء الزيادة مع الكراء الاصلي الخيار لربها (وإلا) أي وإن لم يكن ما زاده شأنه التعطيب ، سواء سلمت أو عطبت (فالكراء) للحمل الزائد متعين لربها مع الكراء الأول . وشبه في تعين كراء الزيادة فقال (كأن) زاد ما تعطب بمثله و (لم تعطب) فلربها كراء الزائد فقط مع الكراء الاول .

إلاَّ أنْ يَحْبِسَها كَثِيراً فَلَهُ كِراءُ الزائِدِ ، أو قِيمَتُها .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إذا زاد المكتري على الحمل الذي شرط فعطبت الدابة ، فإن كان زاد ما تعطب بمثله خير ربها بين أخذه المكتري بكراء ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول أو قيمة الدابة يوم التعدي ، ولا كراء له . ابن يونس أراد إذا زاد في أول المسافة فإن زاد بعد سير نصف الطريق واختار أخذ قيمة الدابة فله قيمتها يوم التعدي ونصف الكراء الاول ، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعها له ثلث الكراء أو ربعه مع قيمتها . الامام مالك رضي الله تعالى عنه إن زاد ما لا تعطب في مثله فعطبت فله كراء الزيادة مع الكراء الاول . ابن يونس لأن عطبها ليس من أجل الزيادة بخلاف مجاوزة المسافة لأن مجاوزتها تعد كله فيضمن إذا هلكت في قليله وكثيره والزيادة على الحمل المشترط اجتمع فيه إذن وتعد ، فإن كانت الزيادة لا تعطب في مثلها علم أن هلاكها بما أذن له فيه ، وصفة كراء الزيادة في الحمل إذا وجبت لربها واختاره فيما تعطب فيه أن يقال كم يساوي كراء هذه الزيادة على هذه الدابة المحملة حسبما تعدى عليه المكتري فيكون ذلك لربها مع كرائه الأول ، وفيها لو ردها بحالها بعد زيادة الميل أو الأميال أو بعد أو حبسها اليوم أو نحوه . ابن حبيب عن مالك أو أياماً يسيرة فلا يضمن الا كراء الزيادة .

واستثنى من قوله وإلا فالكراء فقال (إلا أن يحبسها) أي يؤخر الدابة عن ربها مكتريها زمناً (كثيراً) كشهر (فله) أي ربها (كراء الزائد) الذي حبسها فيه مع الكراء الأصلي إذا ردها بحالها لم تتغير سواء استعملها المكتري في مدة حبسها أم لا (أو قيمتها) يوم التعدي . ابن القاسم إن كانت الزيادة أو حبسها أياماً أو شهراً أو ردها بحالها فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي أو كرائها فيما حبسها فيه ، من عمل أو حبسه إياها بغير عمل ما بلغ وإن لم تتغير .

(تنبيهات)

الأول : ابن عاشر سوق هذه المسألة في حيز الاستثناء يوهم تفريعها على التعدي بزيادة مسافة أو حمل ، وليس كذلك ، فلو قال وإن حبسها الخ كان أخصر وأوضح .

وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ ، أَوْ جَمُوحٍ ، أَوْ أَعْشَى أَوْ دَبَرُهُ فَاحِشاً ؛
كَأَنْ يَطْحَنَ لَكَ كُلَّ يَوْمٍ أَرْدَبَّيْنِ بِدِرْهَمٍ ، فَوُجِدَ لاَ يَطْحَنُ
إِلاَّ أَرْدَبّاً ، وَإِنْ زَادَ أَوْ نَقَصَ مَا يُشْبِهُ الْكَيْلَ فَلاَ لَكَ وَلاَ عَلَيْكَ .

الثاني : روى ابن حبيب الأيام اليسيرة كاليوم والأيام الكثيرة مثل الشهر ونحـوه . ابن عرفة ظاهره أن الخمسة عشر يوماً يسيرة . وقال ابن العطار مدة ما يضمنها فيه من الحبس ما تتغير الأسواق اليه وهو قد أجاز السلم إلى خمسة عشر يومـاً لأن الأسواق تتغير اليه .

(و) إن اكتريت دابة فوجدتها عضوضاً أو جموحاً أو عشواء أو بها دبر فاحش ف (لك) يا مكتري (فسخ) كراء بعير أو فرس أو بغل أو حمار (عضوض) أي شأنه عض من قرب منه وإن لم يكثر منه (أو جموح) بفتح أولهما أي ألا ينقاد إلا بعسر (أو أعشى) بفتح الهمز وسكون العين المهملة وإعجام الشين ، أي لا يبصر ليلاً أو أجهر لا يبصر نهاراً (أو) كان (دبره) بفتح الدال المهملة والموحدة أي جرحه الذي في ظهره (فاحشاً) تضر رائحته راكبه ، فيها وإن اكتريت دابة أو بعيراً بعينه فإذا هو عضوض أو جموح أو لا يبصر بالليل أو دبرت تحتك دبرة فاحشة يؤذيك ريحها ، فما أضر من ذلك براكبها فلك فيه الفسخ ، لأنها عيوب . والكراء غير مضمون . البناني مقتضى الخيار أنه إن تمسك لا يحط عنه شيء وهذا هو ظاهر المدونة وغيرها ، ولم أر من ذكر الحط مع التمسك .

وشبه في التخيير بين الفسخ والابقاء فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته تستأجر ثوراً مثلا على أن (يطحن لك كل يوم أردبين بدرهم فوجد) بضم فكسر النون مثلا (لا يطحن) في اليوم (إلا أردبا) واحداً فلك الخيار بين الفسخ وعدمه فيسقط عنك نصف الكراء قاله تت ، وصوبه طفي راداً على أحمد وعج ومن تبعهما في الزامه جميع الكراء بانه خلاف ما دخلا وعقدا عليه . الحط ونصها وإن اكتريت ثوراً لتطحن عليه كل يوم أردبين بدرهم فوجدته لا يطحن إلا أردبا

فلك رده ، وعليك في الأردب نصف درهم ا هـ ، وظاهرها صحة العقد وهو جـار على أحد القولين المشهورين المتقدمين في التقييد بالعمـل والزمان الذي يحمل العمل ، كما أشار إلى ذلك عيـاض في التنبيهات واللخمي ، وتقدم أن الخلاف إذا أمكن إتمام العمل في الزمن ، والله أعلم . وهذا على صحة الكراء مع الجمع بين العمل والزمن إذا زاد على العمـل أو ساواه كما تقدم ، والله أعلم .

(و) إن اكترى ثوراً مثلاً لطحن أردبين في يوم بدرهم مثلاً فـ (زاد) ما يطحنه فيه على أردبين ما يشبه الكيل (أو نقص) ما يطحنه عنهما وتنازع زاد ونقص (ما) أي قدراً (يشبه) بضم فسكون فكسر (الكيل) أي جرت العادة بزيادته فيه تارة ونقصه عنـه مرة أخرى (فلا) شيء (لك) يا مكري في الزيادة (ولا) شيء (عليك) يا مكتري في النقص فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإذا حمل لك رجل طعاماً فزاد أو نقص ما يشبه زيادة الكيل أو نقصه فلا شيء له ولا لك من ضمـان ولا حصة كراء ، وبهذا قرر الشارحان كلام المصنف ، وهو محتمل للتقريرين ، والله أعلم .

(فصل)

في أحكام كراء الحمام والدار والارض والعبد واختلاف المتكاريين

(جـاز كراء حمام) بفتح الحاء المهملة وشد الميم أي البيت المعد للحموم فيه بالمـاء الحار وما أشبهه كفرن ومعمل فروج . فيها لا بأس بكراء الحمامات . أبو الحسن يؤخـذ منه جواز دخول الحمام بشرطه . اللخمي إجارة الحمام للرجال جائزة إذا كانوا يدخلونه مستترين ، وإجارته للنساء على ثلاثة أوجه جائزة إن كن يسترن جميع جسدهن ، وغير جـائزة إن كانت عادتهن عدم ستر عوراتهن . واختلف إذا كان عادتهن الدخول بالمآزر .

وقال ابن ناجي دخول الرجل الحمام على ثلاثة أوجه الأول دخوله مع زوجتـه أو

ودارٌ غائِبَةَ : كَبَيْعِها ، أو نِصْفَها ، أو نِصْفِ عَبْد وشَهْراً عَلَى إنْ سَكَنَ يَوْماً : لَزِمَ ، إنْ مَلَكَ ٱلبَقِيَّةَ ،

جاريته أو وحده فمباح . الثاني دخوله مع قوم لا يستترون فممنوع . الثالث دخوله مع قوم مستترين فمكروه ، إذ لا يؤمن أن ينكشف بعضهم فيقع بصره على ما لا يحل، وقيل يجوز في هذا الوجه ، وقول العتبية والله ما دخوله بصواب لا يخالف قول المدونة لابأس بكراء الحمامات ، لأنه إنما نفى في العتبية صواب دخوله ساكتاً عن عقد كرائه . وقال ابن عرفة لأن المكتري متعد في فعله ما ينفي صواب دخوله ومكريه بريء منه ولم يقل في فعله صواب ما ينفي عقده ، والله أعلم ، أفاده البناني .

(و) جاز كراء (دار غائبة) وربع وحانوت وأرض ، وظاهره ولو كانت الغيبة بعيدة كاكترائه داراً بمصر وهو بمكة حال كون كراء الحمام والدار الغائبة (كبيعها) أي الحمام والدار ونحوهما . وفي بعض النسخ كبيعها في اشتراط رؤية سابقة لا يتغير بعدهاأو وصف ولو من المكري أو شرط خيار المكتري بالرؤية . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن اكترى داراً بافريقية وهو بمصر جاز كالشراء ، ولا باس بالنقد فيها لأنها مأمونة، فإن قدم فلم يرضها حين رآها وقال هي بعيدة من المسجد فالكراء لا يصلح إلا أن يكون قد رأى الدار وعرف موضعها ، أو على صفة وإلا فلا يجوز ، ولا باس بكراء أرض ببلد قريب أو بعيد على صفة أو رؤية متقدمة وينقده كالبيع ، ثم لا رد له إن وجدها على الصفة ، وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا تتغير في مثله ا هـ . أبو الحسن قوله وينقده كالبيع ، قال محمد بن ابراهيم لا ينقده على صفة ربها ، وإنما ينقده على صفة غيره أو يرسل المكتري رسولاً يبصرها .

(أو) كراء (نصفها) أي الدار مثلاً مشاعاً . فيها لا باس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر منها كالشراء (أو) كراء (نصف عبد) أو دابة فيها يجوز إجارة نصف عبد ونصف دابة يكون للمستأجر يوماً ، وللذي له النصف الآخر يوماً كالبيع ، وما جاز لك بيعه من ثمرتك جاز لك إجارته به .

(و) جاز كراء الدار (شهراً) على شرط (إن سكن) المكتري (يوماً) منه

وَعَدَمُ بَيانِ الإبْتِداء وحُمِلَ مِنْ حِينِ العَقْـــدِ ، ومُشاهَرَةً ،
وَلَمْ يَلْزَمْ لَهُما ،

(لزم) ه كراء الشهر كله (إن ملك) المكتري (البقية) من الشهر يسكناها أو إسكانها غيره بكراء أو مجانا ، فإن شرط أنه إن سكنها يوماً مثلاً منه وخرج منها لزمه كراء الشهر كله ، ولا يملك البقية ، بل تعود المنفعة للمكري فلا يجوز . فيها من اكترى بيتاً شهراً بعشرة على أنه إن سكن فيه يوماً واحداً فالكراء لازم له جاز إذا كان له أن يسكن بقية الشهر ، أو يكريه إذا خرج ، وإلا فلا يجوز بعض القرويين . ظـاهره أن العقد جائز وأنه بالخيـار ما لم يسكن ، فإن سكن لزم الكراء في شهر ، فإن أراد إن سكنت يوماً فالكراء لي لازم وليس لي أن أكري من غيري كان من بيع الشروط الذي يبيع منه على أنه لا يهب ولا يبيع ، فإن أسقط الشرط صح العقد على أحد القولين وإن شرط إن خرج عاد المسكن إلى المكري وعلى المكتري جميع الكراء ، فهـذا فاسد لا بد من فسخه لأنه غرر ، ونقله ابن يونس .

(و) جاز لمن اكترى داراً مثلاً شهراً أو سنة (عدم بيان الابتداء) لوقت سكناها (وحمل) بضم الحاء المهملة وكسر الميم على أن ابتداءها (من حين العقد) فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن اكترى داراً سنة أو سنتين ولم يسم متى يسكن جـاز ، ويسكن أو يسكن غيره متى شاء ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار ، أي في السكنى . قـال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في المختصر الكبير وإن أغلقها المكتري وخرج منهـا فذلك له ، وليس للمكري أن يقول إغلاقها يخربها. على ابن القاسم رحمه الله تعالى السنة محسوبة من يوم التعاقد كما لو قال هـذه السنة بعينها في التوضيح لو لم يحمل على ذلك فسد العقد ، لأن الكراء لا يجوز على سنة غير معينة .

(و) جاز كراء الدار ونحوها مياومة و (مشاهرة) ومساناة بأن يكتريها كل يوم أو كل شهر أو كل سنة بكذا ، وصح و (لم يلزم) العقد فيما ذكر (لهما) أي المتعاقدين ، سواء سكن بعض الشهر أو السنة أولا عند ابن القاسم ، وفي روايته عن الإمام مـالك

رضي الله تعالى عنها فيها واختارها ابن يونس ، وروى مطرف وابن الماجشون لزومها في أقل المسمى من شهر أو عام ، واختاره اللخمي . واستثنى من عدم اللزوم فقال (إلا) إذا كانت المشاهرة مصحوبة (بنقد) أي تعجيل كراء من المكتري للمكري (فـ) يلزم (قدره) أي المنقود من كراء شهر أو سنة أو أكثر ، فإن كان قال كل يوم أو شهر أو عام بدرهم وعجل عشرة أيام أو أشهر أو سنين .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من قال لرجل أكتري منك دارك أو حانوتك أو أرضك أو غلامك أو دابتك في كل شهر أو في كل سنة بكذا ، أو قال في الشهر أو في السنة بكذا أو الشهر أوالسنة فلا يقع الكراء على تعيين ، وليس بعقد لازم ،فلرب الدار أن يخرجه متى شاء ، وللمكتري أن يخرج متى شاء ، ويلزمه حصة ما سكن من الكراء . ابن يونس كأنه في ذلك كله قال له أكريك من حساب الشهر أو السنة بكذا ، هذا موضوع هذه الألفاظ إلا أن ينقده في ذلك كراء شهر أو سنة فيلزمه تمام الشهر أو السنة. البناني هذا قول ابن القاسم ، وهو أحد ثلاثة أقوال .

ابن رشد في المقدمات في كراء الدور مشاهرة ثلاثة أقوال ، أحدها قول ابن القاسم لا يلزمه الشهر الأول ولا ما بعده ، وله أن يخرج متى شاء ، ويلزمه من الكراء بحسب ما سكن . والثاني قول ابن الماجشون يلزمهما الشهر الأول ولا يلزمهما ما بعده . والثالث رواية ابن أبي أويس عن مالك رضي الله تعالى عنه يلزمه كراء الشهر بسكنى بعضه كان أول الأشهر أو لم يكن ، وكذلك تجري الأقوال الثلاثة في كراء الدور مساناة اهـ ، وذكرها ابن عرفة وغيره أيضاً ، والقول الأول هو مذهب المدونة وعبارتها وليس بعقد لازم ، ولرب الدار أن يخرجه متى شاء ، وللمكتري أن يخرج متى شاء . وذكر أبو الحسن القول الثاني عن رواية مطرف وابن الماجشون ثم قال وهو أحسن ، لأنهما أوجبا بينهما عقداً ولم يذكرا فيه خياراً ، فوجب أن يحمل على أقل ما تقتضيه تلك التسمية ، وذكرها الشيخ ميارة في شرح التحفة ، وقال وعلى هذا القول الثالث العمل عندنا ، وأن

من أكترى مشاهرة كل شهر بكذا إذا سكن بعض الشهر كأربعة أيام لزم كلاً منهما بقية الشهر فليس لأحدهما خروج عن ذلك إلا برضا الآخر ، ومن قام منهما عند رأس الشهر فالقول قوله .

(تنبيه)

اللخمي قد يلزم المكري الصبر إلى مدة لم يذكراها في العقد للعادة في ذلك ، كمن يكتري مطمراً ليطمر فيه قمحاً أو شعيراً أو ما أشبه ذلك كل شهر أو كل سنة بكذا ، فليس للمكري إخراجه ولا يجبر المكتري على إخراج ذلك إلا أن تتغير الأسواق إلى ما العادة البيع في مثله ، فإن لم يبع فللمكري إخراجه ، وهكذا جرت العادة عندنا في كراء المطامير ، وإن أراد المكتري إخراج ذلك قبل غلائه ، فليس للمكري منعه منه ، لأن البقاء من حق المكتري ويعفى عما يكون في ذلك من غرر المدة، لأنه مما تدعو الضرورة إليه ، وينظر إلى العادة في خزن الزيت فيحملان عليها ، وكذلك العادة في كراء المخزن للطعام في الصيف ، ويعلم أنه قصد أن يشتي عليه فليس للمكري إخراجه قبله ، نقله ابن عرفة ، ثم قال حاصل قوله أنه جعل خزن الطعام مؤجلاً لغاية في حق المكتري على المكري دون العكس ، ومن الواضح كونه أجلاً مجهولاً ، وقوله يعفى عن غرر المدة للضرورة فاسد ، لأن هذه الضرورة مما شهد الشرع بإلغائها حسبما تقرر في بيع الغرر وأحاديث النهي عنه ، وكان ابن عرفة ممن ينشد :

لقد مزقت قلبي سهام جفونها ... كما مزق اللخمي مذهب مالك

وشبه في اللزوم فقال (ك) كراء (رجيبة) بفتح الواو ، أي مدة معينة مصورة (بشهر كذا) أي بتسمية الشهر أو السنة كرمضان وسنة كذا كسنة سبعة وثمانين بتقديم السين (أو) ﻙ (هذا الشهر) أو هذه السنة (أو) بقوله اكتريها (أشهراً) بفتح فسكون فضم جمع شهر أو سنتين (أو) بقوله اكتريها (إلى كذا) أي كتمام سنة سبعة وثمانين . « غ » كأنه اختصر بهذا قول عياض في تنبيهاته لا خلاف إذا نص على تعيين السنة

أو الشهر أو جاء بما يقوم مقام التعيين ، أنه لازم لهما ، وذلك في خمس صور إذا قال هذه السنة أو هذا الشهر أو سنة كذا ، أو سمى عدداً زائداً على واحد كسنتين أو ثلاثاً أو ذكر الأجل فقال أكريها إلى شهر كذا أو سنة كذا أو نقده أشهراً أو سنة أو أكثر اهـ .

فقول المصنف أو أشهراً كذا بصيغة الجمع في بعض النسخ وهو الصواب،أشار به لقول عياض أو سمى عدداً زائداً على واحد كسنتين أو ثلاثاً . « ق » انظر قول عياض وسمى عدداً زاد على الواحد ، فلعل لفظ الشيخ خليل كان أو شهراً فأسقط الناسخ الألف . والذي لابن يونس ومن المدونة وإن اكترى منه سنة بعينها أو شهراً بعينه فلا يكون لأحدهما فسخه إلا أن يتراضيا جميعاً . ابن حبيب وكذا لو قال ستة أشهر أو هذه السنة أو إلى سنة كذا فهذا كله وجيبة لازمة إلا أن يشترطا الخروج لمن شاء . جد .

عج جعل المصنف شهراً من ألفاظ الوجيبة ، كما في المقدمات ،وسيقول وفي سنة بكذا تأويلان ، فالظاهر أن هذا على أحد التأويلين ، وكان وجهه أنه إذا حمل على الابتداء من حين العقد يصير بمنزلة قوله هذا الشهر فانظر في ذلك اهـ . البناني صدق في أن هذا على أحد التأويلين . ابن عرفة جعل ابن رشد الألفاظ الدالة على التعيين أربعة فقط ، التسمية كشهر كذا والإشارة كهذا الشهر ، والثالث التنكير دون إضافة للمنكر ، كقوله أكريك الدار شهراً أو سنة . الرابع قوله أكرى لوقت كذا وإن سمى الكراء دون تعيين مدته كأكتري الشهر بكذا أو كل شهر بكذا ، وفي كل شهر بكذا أو في لفظ السنة ، كذلك فالكراء غير لازم اهـ ، فعند ابن رشد اللزوم في المنكر غير المضاف فقرر به تت كلام المصنف ، ولم يتنبه لمنافاته ما بعده ، والكمال لله تعالى .

(وفي) كون اكتريها (سنة) أو شهراً (بكذا) كعشرة دراهم وجيبة ، لأنه لما كان الابتداء من حين العقد فكأنه قال هذه السنة أو هذا الشهر ، وهذا تأويل أبي لبابة ، والأكثر أو غير وجيبة لعدم تعيين المدة لصدق سنة بأي سنة وشهر بأي شهر ، وهذا

تأويل أبي محمد صالح (تأويلان) عياض اختلاف في ثلاث صور إذا قال اكترى منك سنة أو شهراً درهم فحمل الأكثر ، ظاهر الكتاب على أنه مثل هذه السنة في لزومهما السنة أو الشهر ، وهو بين من قولها إن أكريته داراً سنة أو سنتين فجائز ، وله أن يسكن ويسكن من يشاء ولو كان لربها الخيار وإخراجه لم يتركه يسكن من شاء ، ومن ذلك قوله إن استأجرت داراً بعد مضي عشرة أيام من هذا الشهر ، قال تحسب هذه الأيام ثم أحدعشر شهراً ثم تكمل مع الأيام التي بقيت من الشهر ثلاثين يوماً .

وفي كتاب المدبر إذا قال لعبده أخدمني سنة وأنت حر أو هذه السنة لسنة سماها فمرض حتى مضت السنة ، فإنه حر ، قال وإنما سألت مالكاً عن سنة مؤقتة ثم ذكر مسألة الذي أكرى داره أو دابته أو غلامه فقال أكريها منك سنة ، فالسنة من يوم وقع الكراء ، وكذلك إذا قال هذه السنة بعينها ، وهكذا له في العتبية في تفسير يحيى وكتاب ابن حبيب . وذهب أبو محمد صالح إلى أن قوله أكرى منك سنة لا يقتضي التعيين ، وله الخروج ، ولربه إخراجه متى شاء مثل قوله كل سنة وإن ما وقع في الكتاب من هذا إنما معناه سنة معينة وخلفه ابن لبابة في تأويل لفظ الكتاب على ما بعد ، ثم قال الصورة الثانية قوله أكريك كل سنة بدرهم أو كل شهر بدرهم ، فمذهب الكتاب والعتبية أنه غير لازم ، والثالثة قوله أكريك السنة بدرهم ففي العتبية هو مثل قوله سنة الشارح جرى الخلاف في المفرد لأنه يذكر تارة لتحديد المدة وتارة لتحديد الكراء .

(و) جاز كراء (أرض مطر عشراً) من السنين (إن لم ينقد) المكتري الكراء للمكري ، أي لم يشترط النقد ولو نقد بالفعل ، فإن شرط النقد فلا يجوز . طفي المضر هو شرط النقد فلا يضر النقد مع السكوت ، كما يؤخذ من كلام المصنف في فصل الخيار ، وقد صرح هناك بجواز النقد تطوعاً كالمدونة ، فقال أبو الحسن معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله فإن شرط النقد فسد الكراء كله إن شرط النقد لكل العشر ، بل (ولو) شرط النقد (سنة) واحدة من العشر ، فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ولا بأس بكراء

أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد . أبو الحسن معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله فإن شرط النقد فسد الكراء ، وإن اكتراها سنين وقد أمكنت للحرث جاز نقد حصة عامة ، هذا وللامام مالك رحمه الله تعالى وإن اكترى أرض المطر سنة قرب الحرث ، وحين توقع الغيث فلا يجوز النقد حتى تروى ويتمكن من الحرث (إلا) الأرض (المأمونة) الري (ك)أرض (النيل) بكسر النون وسكون التحتية ، أي نهر مصر المنخفضة (و)الأرض (المعينة) بفتح الميم وكسر العين المهملة ، أي التي تسقى بعين جارية أو بئر (فيجوز) شرط النقد .

فيها ابن رشد عقد الكراء جائز في الأرضين كلها من غير تفصيل للسنين الكثيرة، وسواء على مذهب ابن القاسم كانت مأمونة أو غير مأمونة ، وتنقسم في جواز النقد. فيها على قسمين فما كان منها مأموناً كأرض النيل وأرض المطر المأمونة ، وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة والآبار المعينة ، فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز ، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن يروى ، ويمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو من أرض المطر أو السقي بالعيون والآبار .

طفي مراده بالجواز وعدمه مع الشرط ، وكذا قول المصنف فيجوز ، أي مع الشرط وعلم من كلام ابن رشد أن غير المأمونة يجوز النقد فيها بالشرط سنة واحدة بعد ريها والتمكن من حرثها ، وإنما يمنع ذلك في السنين الكثيرة ونحوه قول المدونة وإن أكراها سنين وقد أمكنت للحرث جاز نقد حصة عامه هذا . أبو الحسن معنىهذا بشرطوقوله وقد أمكنت أي ورويت فقول المصنف إن لم ينقد في مفهومه تفصيل ، وكذا قوله ولو سنة . أبو الحسن فعند ابن القاسم يجوز النقد فيها إذا رويت ، وقال غيره لا يجوز النقد حتى تروى رياً مأموناً .

( ) والحاصل أن الأرض الغير المأمونة إنما يمتنع اشتراط النقد فيها السنين أو قبل ريها أي بعده فيجوز سنة واحدة ، وعند ابن الماجشون لا يجوز حتى تروى رياً مأموناً ،

وَيَجِبُ فِي مَأْمُونَةِ النِّيلِ إذا رُوِيَتْ ، وقَدْرٍ مِنْ أَرْضِكَ ، إنْ عُيِّنَ ، أو تَساوَتْ ،

وفيها عقب ما سبق وإن أكراها قرب الحرث وحين توقع الغيث لم يجز النقد حتى تروى، وقال غيره لا تكرى أرض المطر حتى تروى مرة وتعطش أخرى الاقرب الحرث وتوقع الغيث إذا لم ينقد ، ولا يجوز كراؤها بالنقد حتى تروى رياً مأموناً متوالياً مبلغاً للزرع أولا كثره مع رجاء وقوع المطر . أبو الحسن قوله لم يجز النقد معناه بشرط .

(ويجب) النقد أي يقضي به لمكري الأرض على مكتريها (في مأمونة النيل إذا رويت) لأنها تحتاج لسقي آخر . ومفهوم النيل إن أرض المطر والسقي لا يجب النقد فيها بريها لأنها تحتاج السقي مراراً فلا يجب النقد فيها حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء . ابن رشد فأما أرض النيل فيجب النقد فيها إذا رويت لأنها لا تحتاج إلى السقي فيما يستقبل فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكترى ، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء .

طفي فلم يقيد ابن رشد أرض النيل التي رويت بالمأمونة كما فعل المصنف ، ولا شك أنه قصد اختصار كلام ابن رشد ، اذ هو الذي اعتمده في توضيحه ، وقد اعترضه « ج » في التقييد بالمأمونة ، اذ بحصول الري تكون مأمونة . وقوله اذا رويت أي بالفعل كما هو ظاهر عبارة ابن رشد وغيره من أهل المذهب . وقال اللخمي معنى قول ابن القاسم يلزم النقد في أرض النيل إن رويت إذا انكشف الماء عنها وأمكن قبض منافعها ، والقياس أن لا يلزم النقد فيها بريها لأن المكتري اشترى شيئين الماء ومنافع الأرض ، فلا يلزمه النقد بأحدهما . ولابن عرفة معه كلام لا نطيل به ، وإنما أطلت في هذه المسألة بعض الطول ، لأني لم أر من حققها من شراحه ، والله الموفق .

(و) جاز كراء (قدر) بفتح فسكون أي مقدار محدود وبيان قدر (من أرضك) يا مكري كفدان (ان عين) بضم فكسر مثقلا بتسمية أو اشارة أو علامة (أو) لم يعين و (تساوت) أرضك في الجودة أو الرداءة وفي الأغراض المرادة منها . ومفهوم

وَعَلَى أَنْ يَحْرُثَها ثَلاثاً ، أَوْ يُزَبِّلَها ، إِنْ عُرِفَ وأَرْضٍ سِنِينَ

لِذِي شَجَرٍ بِها سِنِينَ مُسْتَقْبَلَةً

قدر أن كراء الجزء الشائع كالنصف والثلث جائز وان لم يعين ولم تستو الأرض فيها من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز ان تساوت ، والا فلا يجوز حتى يعين موضعها .

(و) جاز كراء أرض (على) شرط (أن يحرثها) المكتري حرثاً (ثلاثاً) ثم يبذرها (أو) على شرط (أن يزبلها) أي يجعل المكتري فيها زبلا لتقويتها (ان عرف) بضم فكسر نوع الزبل وقدره . ابن عرفة شرط منفعة تبقى في الأرض كشرط نقد بعض كرائها . فيها من اكترى أرضاً على أن يكريها ثلاث مرات ويزرعها في الكراب الرابع جاز و كذلك على أن يزبلها ان كان الذي يزبلها به شيئاً معروفاً. ابن يونس أراد اذا كانت مأمونة لأن زيادة الحرث والتزبيل تبقى منفعته في الأرض إن لم يتم زرعها فيصير كنقد اشترطه في غير المأمونة ، فإن نزل في غير المأمونة ولم يتم زرعه نظركم يزيد كراؤها لزيادة ما اشترط على معتاد حرثها ، وهو عندنا حرثها على كرابها دون ما اشترطت زيادته على المعتاد ، فيرجع بالزائد ، لأنه كنقد اشترط فيها وإن تم زرعه فيها فعليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة ، لأنه كراء فاسد ، قاله التونسي . أبو الحسن قوله نظركم يزيد كراؤها ، أي في السنة الثانية وأجاز هنا بيع الزبل ، فناقض ما في البيوع الفاسدة إن كان للإمام مالك وإن كان لابن القاسم فهو موافق اه .

(و) جاز كراء (أرض) مكرية (سنين لذي) أي صاحب (شجر) مغروس (بها) أي الأرض فيجوز كراؤها (سنين مستقبلة) تلي السنين الأولى لذي الشجر أو لغيره . « غ » في بعض النسخ كذي بكاف ، وفي بعضها لذي بلام ، فإن كان بالكاف فأرض منون وسنين صلة كراء المقدر ، والكلام مشتمل على فرعين مشبه به وهو ما قبل الكاف ، ومشبه وهو ما بعدها ، والمعنى وجاز كراء أرض سنين .

وشبه في الجواز فقال ككرائها لذي شجر بها سنين مستقبلة ، وليس الأول المشبه به

مكرراً مع قوله وأرض مطر عشراً الخ ، لشمول هذا كراءها لغرس أو بناء ، بدليل أنه فصل في الأول في النقد دون هذا . وأشار بالمشبه الذي بعد الكاف إلى أن من أكترى أرضاً سنين وغرس بها شجراً يجوز له أن يكتريها سنين مستقبلة تلي السنين الأولى لقول المدونة قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه ولو اكتريت أرضاً سنين مسماة فغرست فيها شجراً فانقضت المدة وفيها شجرك فلا بأس أن تكريها من ربها سنين مستقبلة ، وإن كان بلام فلعل أرض غير منون لإضافته لسنين لأدنى مناسبة . سيبويه الاضافة تقع بأدنى سبب ، وحينئذ فالكلام مشتمل على فرع واحد وهو نصها المتقدم ، والمعنى وجاز كراء أرض سنين ماضية سنين مستقبلة لمن غرس بها شجراً في السنين الماضية ، وفيه قلق . ولو قال وأرض سنين مستقبلة لذي شجر بها أو غيره لكان أخصر وأوضح . « غ » وعبارة الشامل أحسن ، إذ قال ككرائها لذي شجر بها أو غيره سنين مستقبلة ، ودخل في الغير الأجنبي والحكم سواء . وإن لم يذكره في المدونة والله أعلم .

ويجوز كراء الأرض التي شجر بها شجر لغير مكريها سنين مستقبلة إن كان لك ، بل (وإن) كان الشجر الذي بها (لغيرك) بأن اكتراها زيد سنين وغرس بها شجراً وانقضت مدته فيجوز لغيره اكتراؤها سنين مستقبلة ، ثم إن اكتراها منك المكتري الاول بقي شجره إلى تمام المدة الثانية ، وإلا فلك إلزامه بقلع شجره وتسوية الأرض . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لو اكتريت أرضاً سنين ثم أكريتها لغيرك فغرس فيها شجراً ، ثم انقضت مدة الكراء ، وفيها غرسه فلك أن تكريها من ربها سنين مستقبلة ، ثم إن أرضاك الغارس وإلا قلع غرسه .

ابن يونس جاز كراؤها عند ابن القاسم ، لأن لرب الأرض أن يجبر الغارس على قلع غرسه بعد تمام كرائه ، فكأن المكتري إنما دخل على أن يقلع الغارس غرسه عنده ، لأنه ملك من الأرض ما كان ربها يملكه ولا يستطيع مخالفته ، فقد دخل على أمر معروف . « غ » فتجوز المصنف في إطلاق ذي الشجر على ما هو أعم من غارسه والتفت فخاطبه بعد ذكره بصيغة الغيبة ، ولا يخفى ما في ذلك ، وعبارة المدونة أحسن ، والله أعلم .

لاَ زَرْعٍ ، وشَرْط كَنْسِ مِرْحاضٍ ،

(لا) يجوز اكتراؤك ارضاً بها (زرع) أخضر لغيرك عقب انقضاء مـــدة اكتراء زارعه ، إذ ليس لمكري الارض إلزامه بقلعه ، بل يلزمه بقاؤه بها إلى تناهي طيبه وله كراء ما زاد على المدة الأولى . ابن القاسم لو كان موضع الشجر زرع أخضر لم يكن لرب الارض أن يكريها ما دام زرع هذا فيها ،لأن الزرع إذا انقضت المدة لم يكن لرب الارض قلعه ، وإنما له كراء أرضه وله قلع الشجر فافترقا إلا أن يكريها إلى تمام الزرع فلا باس بذلك . أبو الحسن قوله إلا أن يكريها إلى تمام الزرع ، أي بعـد الزرع ، فإلى بمعنى بعد هذا هو الظاهر ، إذ لا معنى لإبقائها على ظاهرها لأنه يلزمه كراء المثل في المدة التي بقيت للزرع حسبما يأتي للمصنف ، فلا معنى لعقد الكراء على ذلك .

(و) جاز اشتراط (كنس مرحاض) في اكتراء دار على المكري لأنه معروف وجهه. فيها لابن القاسم ومن اكترى داراً أو حمامـــاً واشترط كنس المراحيض والتراب وغسالة الحمام على المكري جاز ، لأنه أمر معروف . ابن يونس قيـــل معنى ذلك في كنس ما يكون بعد عقد الكراء ، وأما ما كان يوم العقد في المراحيض فهو على المكري شرط عليه أم لا ، كما لو كان في أحد البيوت المكتراة شيء ، فإن عليـــه إزالته وتفريغ البيت للمكتري فكذلك المرحاض . ابن القاسم ومن اكترى داراً فعلى ربهـــا مرمتها وكنس مراحيضها واصلاح ما وهى من الجدرات والبيوت .

ابن يونس لعله أراد في المرمة والاصلاح الخفيف . أو أراد أنه عليه ولا يجبر عليـــه لقوله بعد هذا إذ اهمال البيت فلا يجبر ربه على الطرو للمكتري الخروج في الضرر البين إلا أن يطرها ربها ، فكذلك هذا . وقوله هنا وعلى ربها كنس المرحاض لعله أراد مـــا كان فيه قديماً ، لأن ظاهر كلامه في المسألة أن الكنس على المكتري إلا أن يشترطـه على رب الدار ، وهذا كله ما لم يكن عرف أو شرط فيحملان عليه . « غ » ظـاهر نصها السابق أنه على المكتري حتى يشترط على رب الدار ، وقد قال بعد ومن اكترى داراً فعلى ربها مرمتها وكنس المراحيض ، وهذا يقتضي أنه على ربها حتى يشترطه على المكتري فقيل خلاف .

وقيل الأخير فيما حان قبل الكراء والاول فيما حدث بعده ، حكاهما عياض . زاد المتيطي قيل ما هنا في غير الفنادق ، وما هناك في الفنادق كما في سماع أبي زيد .

(أو) شرط (مرمة) بفتح الميم والراء مثقلا . عياض هو البناء والاصلاح على المكتري عند الاحتياج اليه من كراء وجب بشرط النقد أو اعتياده ، لا إن لم يجب فلا يجوز (و) جاز اشتراط (تطيين) الدار على المكتري . أبو الحسن وهو جعل الطين على سقفها أو سطوحها لمنع نزول المطر منه ويسمى طرا بفتح الطاء وشد الراء حال كون الترميم (من كراء وجب) على المكتري تسليمه للمكري بشرط أو عرف، قاله ابن فتوح . وقيدت بتحديد بمرة أو مرتين مثلا في السنة لأنه معروف، فإن لم يحدد وقال كلما احتاجت فلا يجوز لأنه مجهول وترك هذا المصنف ولا بد منه .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من اكترى داراً أو حماماً على أن ما احتاج اليه من مرمة رمها المكتري ، فإن شرطا أن ذلك من الكراء جاز ، ولو شرط أن ما عجز عنه الكراء أنفقه الساكن من عنده فلا يجوز ولا يجوز أن يشترط عليه من يسير مرمة إلا أن يكون ذلك من كرائها . « غ » أما المرمة فقال في المدونة ، ومن اكترى داراً أو حماماً على أن ما احتاج اليه من مرمة رمها المكتري فإن اشترط أن ذلك من الكراء جاز . وأما التطيين فلم يصرح في المدونة بشرط كونه من الكراء الذي وجب ، وإنما قال ومن اكترى داراً على أن عليه تطيين البيوت جاز إذا سمى تطيينها في السنة مرة أو مرتين أو في كل سنتين مرة لأنه معلوم .

أبو الحسن ظاهره أن هذا زيادة على الكراء ، فيكون اكترى منه بما سمى وبالتطيين ويحتمل أنه هو الكراء . طفي سوى المصنف رحمه الله تعالى بين المرمة والتطيين في اشتراط كونها من كراء وجب ، وقد فرق بينهما في المدونة فلم يذكر في التطيين اشتراط كونه من الكراء ، وذكره في المرمة ونصها على اختصار أبي سعيد ومن اكترى داراً أو حماماً على أن ما احتاجت اليه من مرمة رمها المكتري ، فإن شرط أنها من الكراء

جاز ، ولو شرط أن ما عجز عنه الكراء أنفقه الساكن من عنده فلا يجوز ، ولو شرط أن عليه ما احتاجت اليه من يسير مرمة أو كسر خشبة فلا خير فيه إلا أن يكون ذلك من كرائها .

أبو الحسن قوله فان اشترط ذلك من الكراء جاز ، قيل معناه والكراء على النقد أو كان سنتهم النقد وإلا فلا يجوز ، إذ لا يدرى ما يحل عليه بالهدم صح من جامع الطرر . وقال اللخمي يريد وإن كان الكراء مؤجلاً . فان هذا الشرط لا يفسد العقد ، لأن القصد في ذلك ما يحتاج في الغالب إلى إصلاحه مثل خشبة تكسر أو ترقيع حائط ، وشبه ذلك مما يقل خطبه ولا يؤدي تعجيله إلى غرر اهـ كلام أبي الحسن . الوالوغي في تعليقه نظر ، إذا كان الكراء إنما يقبض يوماً بيوم أو كانت العادة تأخيره إلى آخر السنة فقد تحتاج الدار إلى مرمة أول السنة بجميع الكراء ، فهذا غرر ، لأنه لا يدرى متى يدفع الكراء ، وبهذا كان الشيوخ قديماً يعارضونه اهـ ، ونصها في التطيين ومن اكترى داراً على أن عليه تطيين البيوت جاز ذلك إن سمى تطيينها في السنة مرة أو مرتين أو في كل سنتين مرة ، لأنه معلوم . وأما إذا قال كلما احتاجت طينها فهذا مجهول لا يجوز .

أبو الحسن ظاهره أن هذا زائد على الكراء فيكون اكترى منه بالكراء ، وبهذا التطيين أو ذلك هو الكراء اهـ ، فأنت ترى أن التقييد بكونه من الكراء لم يذكره في المدونة إلا في المرمة ، وتقييده بكونه واجباً ذكره أبو الحسن بصيغة التمريض ، وجعله القابسي محل نظر ، وأن اللخمي جزم بخلافه فعلى المصنف المؤاخذة في اعتماده ، وأن التطيين غير مقيد بكونه من الكراء ، إذ لم أر من جزم بذلك وأبو الحسن كما ترى جعله محل نظر ، والظاهر عدم التقييد بذلك لاختلاف المسألتين تصويراً ، كما علمت من نصها لأن مسألة المرمة اشترط عليه ذلك إن احتاجت اليه فهو مجهول ، فلذلك قيد بكونهمن الكراء ، ومسألة التطيين اشترط عليه تطيينها مرة أو مرتين أو نحو ذلك مما هو معلوم فلا جهالة فيه ، وبهذا عله في المدونة ولو اتفقا في التصوير اتفقا في الحكم ، والله الموفق .

لاَ إِنْ لَمْ يَجِبْ ، أَوْ مِنْ عِنْدَ الْمُكْتَرِي ، أَوْ حَمِيمِ أَهْلِ
ذِي الحَمَّامِ ، أَوْ نُورَتِهِمْ مُطْلَقاً ، أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ بِنَاءٌ وَغَرْسٌ ،
وَبَعْضُهُ أَضَرُّ وَلاَ عُرْفَ ،

(لا) يجوز اشتراط المرمة على المكتري (إن لم يجب) الكراء على المكتري لانتفاء عرف وشرط تعجيله لتهمة سلف وكراء ولأنه غرر . « غ » هذا القيد ذكره ابن فتوح قائلاً جاز إن كان الكراء على النقد بالشرط أو العرف ، وبه قيد في المدونة في جامع الطرر ، فقال معناه والكراء على النقد ، أو كانت سنتهم النقد وإلا لم يجز ، إذ لا يدرى ما يحل بالهدم . وقال اللخمي قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فيمن اكترى سنة بعشرين ديناراً على إن احتاجت الدار إلى مرمة رمها المكتري منها لا بأس به ، أراد وإن كان الكراء مؤجلا فهذا الشرط لا يفسد العقد ، لأن القصد في ذلك ما يحتاج في الغالب إلى إصلاحه مثل خشبة تنكسر أو ترقيع حائط وما أشبه ذلك مما يقل خطبه ، ولا يؤدي تعجيله إلى غرر .

(أو) شرط أن الترميم (من عند المكتري) فلا يجوز للجهالة في الكراء (أو) أكرى الحمام على شرط (حميم أهل ذي الحمام) أي اغتسالهم فيه بمائه على المكتري (أو) على شرط (نورتهم) بضم النون ، أي ما يطلى ذي الحمام به أجسادهم لإزالة أشعارهم على المكاتري فلا يجوز (مطلقا) عن التقييد بعدم علم عددهم . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى حماماً على أن عليه لربه ما يحتاج أهله من نورة أو حميم فلا يجوز حتى يشترط شيئاً معروفاً (أو) اكتريت أرض لبناء أو غرس و (لم يعين) بضم الياء وفتح العين والياء الثانية مثقلاً ما يفعل (في الأرض) من (بناء أو غرس و) الحال (بعضه) أي البناء أو الغرس (أضر) بالارض من بعض (و) الحال (لا عرف) جار ببلدهما ببناء خاص ، أو غرس خاص فلا يجوز للغرر .

ابن الحاجب لو لم يعين في كراء الارض بناء ولا غرساً ولا زرعاً ولا غيرها وبعضه أضر ، فله ما يشبه ، فإن أشبه الجميع فسد ولو سمى صنفاً يزرعه جاز مثله ودونه ،

وفيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من استأجر أرضاً عشر سنين يزرعها وأراد أن يغرس فيها شجرا فذلك له إذا لم يضر الارض . اللخمي وإن استأجرها ليزرعها شعيرا وأراد أن يزرعها حنطة فلا يمنع إذا لم يضر ، والذي يفيده كلام التوضيح أن ابن القاسم قال بالجواز مع الاجمال ، لكن منع المكتري من فعل ما فيه ضرر ، وقال غيره بالمنع حينئذ ، فالمصنف جرى على مذهب غير ابن القاسم . فيها لابن القاسم من اكترى دارا فله أن يدخل فيها ما يشاء من الدواب والامتعة وينصب الحدادين والقصارين والارحية ما لم يكن ضرر فيمنع ، ولم يقل فيفسد العقد وقال في الارض من اكترى أرضاً ليزرعها عشر سنين فأراد أن يغرس فيها شجرا ، فإذا كان ذلك أضر بها منع وإلا فله ذلك .

اللخمي أجاز ابن القاسم كراء الحوانيت على الإطلاق من غير مراعاة لصنعة مكترى الحوانيت ولا لحال من يسكن الدار ، وقال غيره لا يجوز إلا بعد المعرفة بذلك، وهو خلاف قول ابن القاسم ، وقول الغير لا يجوز يقتضي الفساد إن وقع لقوله وفسد منهي عنه إلا بدليل ، ولذا قال في التوضيح قول ابن الحاجب يشبه مذهب الغير ، بخلاف قول ابن القاسم فإن كان ذلك أضر منع الأضر مع جواز العقد ، ولذا قال الشيخ ميارة الحاصل أن غير ابن القاسم شدد فمنع العقد مع الإجمال وأجازه ابن القاسم، ومنع فعل الأضر ولا يفسد العقد عنده ، والله أعلم .

(و) لا يجوز (كراء وكيل) داراً أو أرضاً (بمحاباة) بضم الميم وإهمال الحاء وبموحدة ، أي بأقل مما سماه له الموكل أو من كراء المثل إن لم يسم له قدر الكراء (أو) كرائه (بعرض) بفتح فسكون ما وكل على كرائه بنقد بشرط أو عرف فلا يجوز ولو فوض له في التوكيل ، لأنه لا يجوز له التصرف إلا بالمصلحة لموكله وأخذ العرض في كراء الدور مثلا لا مصلحة فيه لموكله . ابن عاشر لا خصوصية للكراء بهذا الحكم ، والأنسب به باب الوكالة . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن وكل رجلا يكري داره فأكراها بغبن أو حابى في الكراء فهو كالبيع لا يجوز . ابن يونس وله فسخ الكراء أو إجازته إن

أو أرْضٍ مُدَّةً لِغَرْسٍ فَإذا انْقَضَتْ: فَهُو لِرَبِّ الأرْضِ، أو نِصْفُهُ، والسنَةُ في المَطَرِ بالحصادِ وفي السَّقْيِ بِالشُّهُور، فَإنْ تَمَّتْ ولَهُ زَرْعٌ أخْضَرُ فَبِكَراء مِثْلِ الزَّائِدِ،

لم يفت، فإن فات رجع على الوكيل بالمحاباة ولو أعارها أو وهبها أو تصدق بها أو أسكنها رجع ربها على الساكن بالكراء ولا رجوع للساكن على الوكيل.

(أو) كراء (أرض مدة) معلومة كعشر سنين (لغرس) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء معلوم الصنف والعدد (فإذا انقضت) مدة الكراء (فهو) أي المغروس ملك (لرب الأرض) كله (أو نصفه) مثلا فلا يجوز للجهل بالكراء. فيها للامام مالك «رض» من اكترى أرضاً عشر سنين على أن يغرسها المكتري شجراً سماها على أن ثمرها للغارس، فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض فلا يجوز، لأنه أكراها بشجر إلى أجل لايدري أيسلم إليه أم لا، اللخمي وكذلك لو قال أكريك عشر سنين على أن نصف الشجر لي ونصفه لك بعد العشر سنين، فإن قال على أن لك نصفها من الآن جاز عند ابن القاسم، وقال غيره لا يجوز وهو فسخ دين في دين.

(و)من اكترى أرضاً ليزرعها سنة انقضت (السنة في) الأرض التي سقيها بـ(المطر)أو النيل (بالحصاد) لزرعها سواء صادف تمامها بالشهور أو نقص عنه أو زاد عليه فليس لمكري الأرض قلعه ولا أجرة ما زاد على تمامها بالشهور. فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى أرضاً فحصد زرعه قبل تمام السنة، فاما أرض المطر فمحل السنة فيها الحصاد ويقضى بذلك فيها والمراد بالحصاد الإزالة، سواء كانت بحصد أو قلع أو جز أو رعي، فإن كان يخلف فبحصد آخر بطن، وتنقضي السنة (في) أرض (السقي) بعين أو غرب أوساقية بتمامها (بالشهور) الاثني عشر (فإن تمت) السنة بالشهور (و) الحال (له) أي المكتري فيها (زرع أخضر) ليس للمكري قلعه ولا أخذه ويلزمه بقاؤه إلى حصده، وله (كراء مثل) الوقت (الزائد) على سنة لشهور.

ابن القاسم وأما ذات السقي التي تكرى على أمد الشهور والسنين للمكترى العمل إلى

تمام سنة ، فإن تمت وله فيها زرع أخضر فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه . وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما أكراها منه طرح سحنون على حساب ما اكترى وأبقى كراء المثل ، ونقلها أبو محمد في مختصره وله فيما بقي كراء مثله لا على ما أكراه . ابن يونس كلام ابن القاسم جيد ووجهه انظره في ترجمة من اكترى أرضاً ليزرعها . ابن القاسم إذا انقضت السنون وللمكتري في الأرض زرع لم يبد صلاحه فلا يجوز لرب الأرض شراؤه ، وإنما بيع الزرع أخضر إن اشترى مع الأرض في صفقة ، وكذلك الأصول بثمرها ، فإن لم يشترطه المبتاع فما أبر من الثمر وما ظهر من الأرض للبائع ، وإذا لم يؤبر الثمر ولم يظهر الزرع من الأرض فهو للمبتاع .

ابن يونس بعض القرويين الأشبه أن يجوز لرب الأرض شراء ما فيها من زرع ، لأن الأرض ملكه فيصير مقبوضاً بالعقد ، وما يحدث فيه من نماء ، فإنما هو في ضمان مشتريه لكونه في أرضه ، وإنما منع عليه الصلاة والسلام بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، لكون ضمانها من بائعها لأنها في أمواله لقوله ﷺ أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ، وعلى هذا التعليل أجاز عبد الملك شراء جنان فيه ثمرة بقمح أو بجنان آخر فيه ثمرة تخالفها ، لأن كل ثمرة مقبوضة فكانا متناجزين وفي الشامل وفي السقي بتمامها فإن تمت والزرع باق ، وكان ربه يظن تمامه فزاد الشهر ، ونحوه لزم رب الأرض تركه لتمامه بكراء المثل فيما زاد ، وقيل بنسبة المسمى ولو بعد الأمد ، وعلم ربه بذلك فلربها قلعه أو تركه بالأكثر من المسمى وكراء المثل ، وليس له شراؤها على الأصح .

(و) إن اكترى شخص أرضاً وزرعها وحصد زرعه (وانتثر) بمثلثة أي سقط فيها (للمكتري) حال من فاعل انتثر وهو (حب فنبت) الحب في الأرض عاماً (قابلاً) بموحدة أي آتية بعد عام الاكتراء (فهو) أي النابت (لرب الأرض) لإعراض المكتري عنه ، سواء انتثر بآفة كنقل نمل أو غيرها ، بأن سقط منه حال الحصد لشدة يبس الزرع . وشبه في الكون لرب الأرض فقال (كمن) أي صاحب أرض (جره) أي البذر

السَّيْلُ إِلَيْهِ وَلَزِمَ ٱلْكِراءُ بِالتَّمَكُّنِ ، وإِنْ فَسَدَ لِجائِحَةٍ أو غَرَقٍ بَعْدَ وَقْتِ ٱلْحَرْثِ .

أو الزرع (السيل الى) أرض(٨) فنبت فيها فهو لرب الأرض التي انجر إليها . فيها للامام مالك «رض» وإذا انتثر للمكتري في حصاده حب في الأرض فنبت قابلا فهـو لرب الأرض ، وكذلك من زرع زرعاً فحمل السيل زرعه قبل أن ينبت إلى أرض غيره فنبت فيها . قال الامام مالك «رض» الزرع لمن جره السيل إلى أرضه ولا شيء للزارع . سحنون ولو قلع السيل شجرات من أرض فصيرها إلى أرض آخر فنبتت فيها فلينظر ، فإن كانت إذا قلعت وردت إلى أرضه تنبت ، فله قلعها . وإن كان إنما يقلعها للحطب لا ليغرسها ، فهذا مضار وله القيمة وإن كانت الشجرة لو قلعت لا تنبت في أرض ربهـا وإنما تصير حطباً ، فالذي نبتت في أرضه مخير بين أمر ربهـا بقلعها وإعطائه قيمتها مقلوعة ، ولو نقل السيل تراب أرض إلى أخرى فإن أراد ربه نقله إلى أرضه وكان معروفاً فله ذلك ، وإن أبى أن ينقلـه وطلب من صار في أرضه تنحيته عنه فـلا يلزمه لأنه لم يجر شيئاً .

(ولزم الكراء) مكتري الأرض لزرعها وصلة لزم (بالتمكن) منه إن سلم زرعها ، بل (وإن فسد) زرعه فيها (لجائحة) غير أرضية كبرد وجليد وطـير وجراد وريح (أو غرق) بفتح الغين المعجمة والراء عطف على جائحة أو بكسر الراء عطف على فسد (بعد إبان) بكسر الهمز وشد الموحدة آخره نون ، أي وقت (الحرث) المعتاد بحيث لا تزرع إذا انكشفت ، فإن غرقت في إبان الحرث أو قبله واستمرت كذلك حتى فات إبانه سقط كراؤها لعدم تمكن المكتري من زرعها . ابن شاس لا يستحق تقديم جزء من الأجرة إلا بالتمكن من استيفاء ما يقابله من المنفعة . ابن يونس لا يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن .

ابن الحاجب لو حبس الدابة أو الثوب المدة المعينة لزمه جميع الكراء ، إذ التمكن كالاستيفاء ، فيها إن أتى مطر بعد ما زرع وفات إبان الزراعة فغرق زرعه حتى هلك

بذلك فهي جائحة على الزارع، وعليه جميع الكراء، بخلاف هلاكه من القحط، وكذلك لو هلك زرعه ببرد أو جليد أو جائحة فالكراء عليه . وأما إن أتى مطر فغرق زرعه في إبان الحرث لو انكشف الماء عن الأرض أدرك زرعها ثانية فلم ينكشف حتى فات الإبان ، فذلك كغرقها في الإبان قبل أن يزرع حتى فات الحرث فلا كراء عليه ، ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث لزمه الكراء ، وإن لم يحرث .

(أو) لم يزرع لـ (عدمه) أي فقد المكتري (بذراً) يبذره بهـا فيلزمه الكراء لتمكنه من إكرائها لغيره ، فإن لم يوجد البزر عند غيره أيضاً فـلا يلزمه الكراء لعدم تمكنه من زرعها وإكرائها (أو) لـ (سجنه) بفتح ، أي حبس المكتري فيلزمه الكراء لتمكنه من إكرائها ، فيهـا لابن القاسم لا ينتقض الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما . وكذلك من اكترى داراً أو أرضا ولم يجد بذراً أو سجنه السلطان باقي المدة فالكراء يلزمه ولا يعذر بهذا ، ولكن يكريها إن لم يقدر أن يزرعها أو يسكن الدار . اللخمي محمل قوله في البذر على عجز المكتري عنه وحده ، لأنه قادر على أن يكريها ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضع البذر سقط الكراء عنه ، وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبسه ويحول بينه وبين زرعها وكرائها فلا شيء عليه ، وإن لم يقصد ذلك وإنما طلبه السلطان بأمر فكان سبباً في عدم حرثها كان عليه كراؤها .

(أو انهدمت شرفات) بضم الشين المعجمة والراء وسكونها وفتحها جمع شرفة بضم فسكون أي العرائش التي تجعل فوق حائط (البيت) لتزيينه فيلزم مكتريه جميع كرائه، لأن إنهدامها لا ينقص شيئاً من منافعه ، فيها لابن القاسم إذا لم يكن فيما انهدم ضرر على المكتري ولم يبنه رب الدار لزم المكتري السكنى بجميع الكراء ، ولا يوضع عنه شيء منه لذلك ، كانهدام شرفات لا تضر بسكنى المكتري وان أنفق فيها كان متطوعاً ، ولا شيء له إلا النقض ، فله أخذه ان كان ينتفـع به (أو سكن أجنبي بعضه) أي البيت المكتري فيلزم المكتري جميع كرائه وله الرجوع على الأجنبي بأجرة ما سكنه . وحمل

أو سَكَنَ أَجْنَبِيٌّ بَعْضَهُ ، لاَ إِنْ نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ ٱلْكِرَاء وَإِنْ قَلَّ

لزوم جميع الكراء المكتري في انهدام الشرفات إن لم ينقص انهدامها شيئاً منه (لا) يلزم المكتري جميع الكراء (ان نقص) شيء بانهدامها (من قيمة الكراء) فيحط من الكراء بقدره إن كثر ، بل (وإن قل) ولا خيار للمكتري في الخروج .

ابن رشد الهدم في الدار المكتراة ان كان يسيراً فهو على ثلاثة أوجه، الأول ما لامضرة فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة كراء الدار شيئاً ، كانهدام الشرفات ونحوها ، فلا خلاف أن الكراء لا زم للمكتري ولا يحط عنه منه شيء ، الثاني أن يكون لا مضرة فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، ففي هذا يلزم المكتري السكنى، ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء ان لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه اصلاحه ، فإن سكت وسكن فلا يكون له شيء . الثالث أن تكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً كالهطل .

واختلف فيه فقال ابن القاسم ان رب الدار لا يلزمه الاصلاح إلا أن يشاء ، فإن أبى فالمكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج ، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء ، وان كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار اصلاحه بإجماع، وهو على ثلاثة أوجه أيضاً، أحدها أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع مثل كون الدار مبلطة مجصصة فيذهب تبليطها وتجصيصها فيخير المكتري بين السكنى بجميع الكراء والخروج ، الا أن يصلح ذلك رب الدار ، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في المدونة .

الثاني : أن يبطل اليسير من منافعها كانهدام بيت من الدار فيلزمه السكنى ،ويحط عنه ما ناب البيت المنهدم من الكراء .

الثالث : أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت الـــذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها فيخير فيه المكتري بين السكنى بجميع الكراء والخروج، فان أراد السكنى وحط ما ينوب ما انهدم من الكراء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار ، فيجري على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، نقله «ق» .

أوِ ٱنْهَدَمَ بَيْتٌ فِيهَــا ، أو سَكَنَهُ مُكْرِيهِ ، أو لَمْ يَأْتِ بِسُلَّمٍ لِلْأَعْلَى ، أو عَطِشَ بَعْضُ الْأَرْضِ ، أو غَرِقَ ، فَبِحِصَّتِهِ ، وخُيِّرَ فِي مُضِرٍّ ، كَهَطْلٍ ، فَإِنْ بَقِيَ . فَالْكِرَاءُ ،

(أو انهدم بيت منها) أي الدار المكتراة فيلزم المكتري سكناها ويحط عنه ماناب البيت المنهدم من الكراء (أو سكنه) أي البيت منها (مكريه) فكذلك (أو لم يأت) مكريه (بسلم) بضم السين وضم اللام مشددة (ل) بيت ا (لا على) الذي لا يوصل اليه الا بسلم ، فكذلك نحوه في سماع عيسى ابن رشد ، لأنه أكراه جميع منافع الدار فعليه تسليمها اليه وتسليمه للعلو هو يجعل سلم له يرقى عليه اليه ، والكراء في هذا بخلاف البيع ، فان باعه جميع الدار وفيها علو لا يرقى اليه الا بسلم لم يكن عليه أن يجعل له سلماً يرقى عليه اليه ، كما لا يلزمه أن يجعل له دلواً وحبلا يصل به الى ماء البئر ، لأن ما باع منه قد أسلمه اليه ، فهو ان شاء سكنه وإن شاء هدمه ، وإن شاء باعه لا يمنعه من التصرف فيه بما شاء كونه دون سلم ا هـ ، ومثله في المنتخب عن ابن القاسم اذا توانى صاحب المنزل فلم يجعل للعلو سلماً ولم ينتفع به المكتري حتى انقضت السنة ، قال ينظر الى ما يصيب ذلك من الكراء فيطرح عن المكترى .

(أو عطش) بكسر الطــاء (بعض الأرض) فكذلك (أو غرق) بعضها بكسر الراء (فـ) يلزمه السكنى والزرع (بحصته) أي السالم من الكراء بالقيمة لا بالمساحة كما في المدونة ، فان عطش أو غرق جلها أو كلها فلا شيء عليه من الكراء : فيها من اكترى أرضاً ليزرعها فغرق بعضها قبل زرعها أو عطش فان كان أكثرها رد جميعها وان كان تافهاً رد حظه بقدر حصته من الكراء .

(وخير) بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مثقلا بين السكنى والخروج (في) حدوث أمر (مضر) بضم المـيم وكسر الضاد المعجمة وشد الراء إن كان كثيراً ، بل وإن كان يسيراً (كهطل) بفتح الهاء وسكون الطاء المهملة أي تتابع المطر من سقف البيت (فإن بقي) المكتري ساكناً في البيت إلى انتهاء المدة (فالكراء) جميعه لازم للمكتري لزوال

كَعَطَشِ أَرْضِ صُلحٍ وَهَلْ مُطلَقاً ؟ أو إلاَّ أنْ يُصالِحُوا عَلَى ٱلأرْضِ ؟ تَأْوِيلاَنِ . عَكْسُ تَلَفِ الزَّرْعِ لِكَثْرَةِ دُودِها ، أوْ فَأْرِها ، أو عَطَشٍ ، أو بَقِيَ ٱلقَلِيلُ ،

ضرره بتخييره وشبه في لزوم جميع الكراء فقال (كعطش أرض صلح) عليها من أهلها الكفار وزرعوها فعطشت فيلزمهم جميع المصالح به عليها ، لأنه ليس كراء محققاً .

(وهل) يلزمهم جميعه لزوما (مطلقاً) عن التقييد بعدم تعيين قدر من المال المصالح به للأرض (أو) يلزمهم جميعه في كل حال (إلا أن يصالحوا) أي الكفار الإمام (على الأرض) بقدر من المال معلوم فلا يلزمهم إذا عطشت ، في الجواب (تأويلان) فيها ومن زرع في أرض الخراج بكراء مثل أرض المطر فغرقت أو عطشت فلا كراء عليه إذا لم يتم الزرع فأما أرض الصلح التي صالحوا عليها إذا زرعوا فتعطش زرعهم فعليهم الخراج ، وقال غيره هذا إذا كان الصلح وظيفة عليهم . واختلف في قول غيره فقال أبو عمر ان هو خلاف قول ابن القاسم ، وقال بعض القرويين هو وفاقه ، والظاهر أن التأويلين في صورتين فقط صلحهم على الأرض وحدها ، وصلحهم على الأرض والرؤس مع تعيين ما يخص الأرض، فإن صالحوا على الرؤس فقط أو عليهما إجمالاً فمحل وفاق أفاده البناني ، وذلك (عكس) أي خلاف حكم (تلف الزرع لكثرة دودها) أي الأرض (أو) كثرة (فارها) أي الأرض (أو) لـ (عطش) فيسقط كراؤها عن المكتري لعدم تمكنه من المنفعة التي اكتراها، وسواء تلف جميعه (أو) أكثره (وبقي القليل) منه .

اللخمي هلاك الزرع إن كان لقحط المطر أو تعذر ماء البئر أو العين أو لكثرة نبوع ماء الأرض أو لدود أو فار سقط كراء الأرض كان هلاكه في الإبان أو بعده ، وإن هلك الطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش أو لأن الزريعة لم تنبت لزم الكراء هلك في الإبان أو بعده . المتيطي ومثل قحط المطر تواليه ، وكذلك إن ذهب منفعته من الزرع فتلفه . وفيها إن جاء من الماء ما يكفي بعضه وهلك بعضه ، فإن حصد ماله بال وله فيه نفع فعليه من الكراء بقدره ، ولا شيء منه عليه إن حصد مالا بال له ولا نفع له فيه . ابن يونس

وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إصْلاحٍ مُطْلَقاً ، بِخِلافِ ساكِنٍ أُصْلِحَ لَهُ بَقِيَّةَ الْمُدَّةِ قَبْلَ خُرُوجِهِ ، وإنِ اكْتَرَيا حانُوتاً ، فَأَرادَ كُلٌّ

مثل خمسة أو ستة فدادين من مائة . ابن عرفة اللخمي أراد إذا كانت متفرقة في المائة لأنه كالمالك وكثير من الناس لا يتكلف جمع مثل ذلك ولو سلمت الخمسة على المعتاد من سلامتها لزمه كراؤها . ثم قال ابن عرفة وذكر الصقلي كلام محمد ولم يقيده .

(و) إن حدث خلل في العقار المكترى قبل تمام مدته (لم) الأولى لا (يجبر) بضم التحتية وسكون الجيم وفتح الموحدة (آجر) بمد الهمز وكسر الجيم ، أي مكر (على إصلاح) لما انهدم من العقار الذي أكراه (مطلقاً) عن تقييده بعدم إضراره بالمكترى وحدوثه بعد العقد وإمكان السكنى معه ، ويخير المكترى بين السكنى بجميع الكراء والخروج على التفصيل المتقدم عن ابن رشد هذا مذهب ابن القاسم فيها وقال غيره يجبر عليه . إبن عبد السلام وعليه العمل في زمننا .

(بخلاف) شخص (ساكن) في بيت غيره بكراء (أصلح له) رب البيت ما انهدم منه فتلزمه السكنى (بقية المدة) إن أصلح له (قبل خروجه) أي الساكن من البيت ، فإن أصلح له بعد خروجه منه فلا يلزمه سكناه بقيتها لانفساخ عقد الكراء بخروجه قبل الاصلاح ، فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى عن اكترى بيتاً فهطل عليه فلا يجبر مكريه على طره ولا مكتريه عليه من كرائه ، وله الخروج في الضرر البين إلا أن يطره مكريه فلا خروج له . ومن اكترى داراً فانهدمت كلها أو بيت أو حائط فلا يجبر مكريها على بنائها إلا أن يشاء ، فإن انهدم منها ما فيه ضرر على المكتري ، قيل ان شئت فاسكن اراد بجميع الكراء ولم يكن نقداً ، أو فاخرج وليس للمكتري أن يصلحها من كرائها ويسكنها إلا بإذن مكريها وإن بناها مكريها في بقية من وقت الكراء لزم المكتري السكنى وليس له نقض الكراء إن بناها ربها قبل خروج المكتري منها .

(وإن اكتريا) أي المكتريان (حانوتا) بحاء مهملة ثم نون مضمومة ثم فوقية أي محلا معداً لبيع السلع وتنازعا في كيفية جلوسهما فيه لبيع السلع (فأراد كل) من المكتريين

مُقَدَّمَه . قُسِمَ ، إنْ أَمكَنَ ، وإلاَّ أُكْرِيَ عَلَيْهِما ، وإنْ غارَتْ
عَيْنُ مُكْرًى سِنِينَ بَعْدَ زَرْعِهِ . نَفِقَتْ حِصَّةُ سَنَةٍ فَقَطْ ،

أن يجلس بسلعة (مقدمه) بضم الميم وفتح القاف والدال مثقلا أي أول الحانوت ليظهر سلعه لمن يريد شراءها (قسم) بضم القاف وكسر السين المقدم بين المكتريين نصفين ليجلس كل واحد منهما بسلعة في نصف،وان تنازعا في الأيمن والأيسر اقترعا (إن أمكن) قسمه لاتساعه (وإلا) أي وإن لم يمكن قسمه عادة لضيقه (أكري) بضم الهمز وكسر الراء الحانوت لغيرهما جبراً (عليهما) لإزالة تنازعهما . اللخمي ابن القاسم في قصار وحداد اكتريا حانوتاً ثم تنازعا فقال كل واحد منهما أنا أكون في المقدم ولم يكن بينهما شرط ، فإن حمل القسم وإلا أكرى عليهما وإن اختلفا في الجانبين ، لأن أحدهما أفضل قوماها واقترعا عليها .

(وإن) اكتريت موضعاً من الأرض لزرعه وله عين يسقى منها و (غارت عين) مكان (مكري) بضم الميم وسكون الكاف وفتح الراء ، وصلة مكري (سنين) ثلاثاً أو أكثر أو انهدمت بئره ، وصلة غارت (بعد زرعه) أي المكري وقبل إنتهائه واستغنائه عن السقي وأبى مكريه من اصلاح عينه أو بئره (نفقت) بضم النون وكسر الفاء (حصة سنة) من السنين (فقط) أي لا أكثر منها ، أي ينفق المكتري في اصلاح العين أو البئر ما يخص سنة واحدة من كراء السنين لإحياء زرعه وتمكنه من زرعه الأرض في بقية السنين « غ » مكري اسم مفعول وسنين متعلق به ، والظاهر في زرعه أنه مصدر مضاف لمفعوله .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها سنة أو سنتين ثم تهور بئرها أو انقطعت عينها فأراد أن يحاسب صاحبها فلا يقسم الكراء على السنين سواء ، لكن يقسم على قدر نفاقها وتشاح الناس فيها ، وليس كراء الأرض في الشتاء والصيف واحداً ولا ما ينقد فيه كالذي يستأخر نقده ، وكذلك يحسب كراء الدور في الهدم ولا يحسب على عدد الشهور والأعوام ، وقد تكترى سنة لا شهر فيها

كدور النيل بمصر ودور اشهر الحج بمكة . ومن اكترى أرضاً ثلاث سنين وزرعها ثم غارت عينها أو انهدم بئرها وأبى مكريها الإنفاق عليها فللمكتري أن ينفق عليها حصة تلك السنة خاصة من الكراء ، ويلزم ذلك ربها وإن زاد على كراء سنة فهو متطوع . ابن يونس لأن المكتري متى ترك فسد زرعه ولم يكن لرب الأرض عليه كلام ، إذ لو بطل زرعه فلا يكون له كراء فلا يمنع أمراً ينتفع به غيره ولا ضرر عليه هو فيه ، وإن كان قبضه ربها غرمه ، فان قبضه وهو عديم فللمكتري انفاق قدره واتباعه به وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ، ولا ينفق عليها شيئاً من حصة السنة الأولى ، فان كان ذلك قبل زرعها فقال أشهب لا شيء على ربها وللمكتري الفسخ ، فان أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملاً ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه .

(وإن تزوج) رجل مرأة (ذات) أي صاحبة (بيت) ساكنة هي فيه إن كان لها بملك ، بل (وإن) كان لها (بكراء) وسكن معها فيه مدة (فلا كراء) لها عليه لجريان العادة بعدم أخذها الكراء منه في كل حال (إلا أن تبين) بضم الفوقية وفتح الموحدة وكسر التحتية مثقلة ، أي تذكر الزوجة لزوجها أنه عليه أجرة المسكن فتلزمه حينئذ ، فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن نكح مرأة وهي في بيت اكترته سنة فدخل بها فيه وسكن باقي السنة فلا كراء عليه لها ولا لرب البيت ، وهي كَدار تملكها هي إلا أن تبين له أني بالكراء ، فاما أديت أو أخرجت .

بعض فقهاء القرويين ينبغي لو كانت الدار لها وطلقها فقامت عليه بكراء المدة فانه لها ، اللخمي ابن القاسم فيمن بنى بزوجته في دارها ثم طلبته بالكراء عن سكناه فلا شيء لها أراد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة ، واختلف إذا كانت فيه بكراء ثم قال وكل هذا ما كانت العصمة قائمة ، فان طلقها زال موضع المكارمة ولها طلبه بكراء عدتها ، ثم قال وإن سكن بها في مسكن لأبيها أو لأمها فانه كبيتها لا شيء لها

وَٱلْقَوْلُ لِلْأَجِيرِ أَنَّهُ وَصَّلَ كِتاباً ، أَوْ أَنَّهُ ٱسْتُصْنِعَ ، وقالَ : وَدِيعَةٌ ، أَوْ خُولِفَ فِي الصِّفَةِ وفِي ٱلْأُجْرَةِ

عليه مذ كانت في عصمته ، لأن العادة جارية أن ذلك على وجه المكارمة ، وأما الأخ والعم فالأمر فيهما مشكل فيحلف ويستحق إلا أن تطول المدة والسنون وهو لا يتكلم ، ومثله إذا سكن عند أبويه ثم طلبا الكراء فلا شيء لهما ، وذلك لأخيه وعمه إن لم يقم دليل على مكارمتهما .

(و)إن استؤجر شخص على إيصال كتاب من بلد إلى بلد آخر فغاب مدة يمكنه فيهما الذهاب والإياب وادعى أنه وصله وكذبه مستأجره ف(القول للأجير) على إيصال كتاب لبلد آخر (أنه) أي الأجير (وصل) بفتحات مثقلا أي الأجير (كتابا) مثلا استؤجر على إيصال لمن ادعى أنه وصله إليه إذا مضى زمن يمكن ذهابه ورجوعه فيه عادة ، لأنه ائتمنه فعليه دفع كرائه له ، فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن واجرت رجلا على تبليغ كتاب من مصر إلى افريقية بكذا قال بعد ذلك أوصلته وأكذبته فالقول قوله مع يمينه في أمد يبلغ في مثله ، لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه إليه ، وكذلك الحمولة كلها تكتريه على توصيلها إلى بلد كذا ، فيدعي بعد ذلك أنه أوصلها فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله .

(و)القول للأجير (أنه استصنع) بضم التاء وكسر النون ، أي الأجير فيما بيده لغيره مما له فيه صنعة كثوب بيد خياط وغزل بيد نساج وعين بيد صائغ (وقال) ربه (وديعة) عندك فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ، ومن ادعى على صباغ أو صائغ فيما قد عمله أنه أودعه إياه ، وقال الصائغ بل استعملتني فيه فالصائغ مصدق لأنهم لا يشهدون في هذا ولو جاز هذا الذهب أعمالهم (أو) أي والقول للصانع إن اتفقا على استصناعه و(خولف) بضم الخاء المعجمة الأجير (في الصفة) فالقول قوله إن أشبهت الصفة رب المصنوع كصبغه ثوبا أخضر لشريف مدعيا أمره به وخالفه الشريف قائلا أمرتك بصبغه أسود وكخياطته ثوبا واسع الأكمام لفقيه فقال الفقيه أمرتك بتضييقه (أو) اتفقا على استصناعه وصفته وخولف في قدر (الأجرة) بأن قال عشرة ، وقال الآخر خمسة فالقول

للأجير (إن أشبه) بفتح الهمز والموحدة أي وافق الاجير في دعواه الاستصناع والصفة والأجرة العادة بين مثله ومثل رب الشيء .

(و)إن (حاز) بحاء مهملة وزاي ، أي استولى الاجير علي المصنوع ، ومفهوم أشبه أنه إن لم يشبه فلا يكون القول قوله ، والقول قول رب المال إن أشبه ، فان لم يشبه أيضاً حلفا ورد إلى أجرة المثل ونكولهما كحلفهما ، ويقضى للحالف على الناكل ، وذكر مفهوم فقال (لا) إن لم يحز (كبناء) بفتح الموحدة والنون مثقلا ويكسر الموحدة مخففاً ، فليس القول قوله في قدر الاجرة فيها أن قال اللات أمرتني ان ألته بعشرة ففعلت، وقال ربه بل أمرتك بخمسة وبها لتته فاللات مصدق بيمينه إن أشبه ان يكون فيه سمن بعشرة لانه مدعي عليه الضمان ، كقول مالك « رض » في الصباغ إذا صبــغ الثوب بعشرة دراهم عصفر ، وقال لربه بذلك امرتني وقال ما أمرتك ان تجعل فيه إلا خمسة دراهم عصفر ان الصباغ مصدق بيمينه إن اشبه ان يكون فيه بعشرة وإن أتى بما لا يشبه صدق رب الثوب بيمينه ، فان أتيا بما لا يشبه فله أجر مثله .

ابن القاسم ولت مثله سواء ، ولو قال رب الثوب لي صبغ متقدم او في السويق لتات متقدم فلا يصدق ، وجميع ما ذكرناه إذا اسلم إليه السويق والثوب ، فان لم يسلمه إليــه ولم يغب عليه فربه مصدق ، إذ لم يأتمنه . ابن شاس إن اختلف الصانـع ورب الثوب في قدر الأجرة فالقول قول الصانع ، بخلاف البناء يقول بنيت هذا البناء بدينار ويقول ربه بأقل فالقول قوله مع يمينه ، لأنه حائز لذلك إلا أن يدعي ما لا يشبه .

(تنبيهات)

الأول : «غ» إن أشبه وحاز أشبه راجع للفروع الأربعة ، بخلاف حاز بالحاء المهملة.

الثاني : البناني الحوز إنما يحتاج اليه إذا أشبها معاً ، أما إذا أشبه الصانع فقط فــلا يحتاج إلى الحوز . والحاصل أنهما إن أشبها معاً فالقول قول الحائز منهما وان لم يشبها معاً فأجرة المثل ، ولا ينظر الى حوز ، وان أشبه أحدهما فقط فالقول قوله وان لم يحز ،

وَلاَ فِي رَدِّهِ ، فَلِرَبِّهِ ــ وَإِنْ بِلاَ بَيِّنَةٍ ــ وَإِنْ ادَّعَاهُ ، وَقَالَ : سُرِقَ مِنِّي ، وَأَرَادَ أَخْذَهُ : دَفَعَ قِيمَةَ الصَّبْغِ بِيَمِينٍ ، إِنْ زَادَتْ دَعْوَى الصَّانِعِ عَلَيْهَا ، وَإِنِ اخْتَارَ تَضْمِينَهُ ، فَإِنْ دَفَعَ الصَّانِعُ قِيمَتَهُ أَبْيَضَ : فَلاَ يَمِينَ ، وَإِلاَّ : حَلَفَا ، وَاشْتَرَكَا ،

الثالث ، أجاز الشارح كون جاز بالجيم من الجواز احترازاً عن ادعاء الأجير مـا لا يجوز فلا يصدق .

(ولا) يصدق الصانع (في رده) أي المصنوع لربه (ف)القول (لربـه) أي المصنوع في غير المحوز ، وفي عدم رده ان دفعه للصانع ببينة مقصودة للتوثق ، بل (وان) كان دفعه له (بلا بينة) لأنه قبضه على ضمانه كالرهن ، فيها للامام مالك«رض» اذا أقرالصانع بقبض متاع وقال عملته ورددته و كذبه ربه فيضمن الا أن يقيم بينة برده.ابن الماجشون الصناع مصدقون في رد المتاع الى أهله مع أيمانهم الا أن يأخذوه ببينةفلا يبرؤن الا ببينة، أبو الحسن زاد في تضمين الصناع قبضه ببينة أو بغير بينة . ابن يونس فان لم يقم بينـة حلف ربه وأخذ قيمته بغير صنعة .

(وان ادعاه) أي الاستصناع صباغ مثلا في ثوب بيده (وقال ربه) أي المصنوع ، بل (سرق) بضم فكسر ، أي الثوب مثلا مني أبيض (وأراد ربه أخذه) أي المصنوع لتخييره فيه ، وفي تضمينه للصانع أخذه و(دفع) ربه للصانع (قيمة) أي أجرة(الصبغ) بفتح الصاد المهملة (بيمين) من رب الثوب أنه لم يستصنعه (ان زادت دعوى الصانـع عليها) أي قيمة الصبغ ، فان كانت مثلها أو أقل فلا يحلف ، لأنـه يحلف لإسقاط زيادة دعوى الصانع .

(وان اختار) رب الثوب حين تخييره أولا (تضمينه) أي الصانع قيمة الثوب أبيض (فان دفع الصانع قيمته) أي الثوب حال كونه (أبيض) لربه (فلا يمين) على واحـد منهما وملك الصانع الثوب ولا كلام لصاحبه (والا) أي وان لم يدفع الصانع قيمته أبيض

وامتنع منه (حلفا) أي رب الثوب أولا أنه لم يستصنعه والصانع أنه استصنعه (واشتركا) أي رب الثوب والصانع في الثوب ربه بقيمته أبيض والصانع بقيمة صبغه . فيهـــا لابن القاسم رحمه الله تعالى اذا قال استعملني هذا المتاع ، وقال بل سرق مني تحالفا ثم قيل لربه ادفع اليه اجر عمله وخذه فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة ثوبه غير معمول، وهذا بقيمة عمله لأن كل منهما مدع على صاحبه .

بعض القرويين إذا قال رب الثوب سرق مني والصانع استعملني فلا يتحالفان حتى يقال لرب الثوب ما تريد ، فإن قال أخذ ثوبي نظر إلى قيمة صبغه، فإن كانت مثل دعوى الصانع أو أكثر فلا أيمان بينهما، ويقال لرب الثوب هب أن الأمر كما قلت أنه سرق منك فلا تقدر على أخذه إلا بدفع الأجرة التي قالها الصانع فادفعها له وخذ ثوبك ، وإن كانت أقل من دعوى الصانع حلف رب الثوب وحده ليحط عن نفسه الزائد على قيمة العمل مما ادعاه الصانع ودفعها له وأخذ ثوبه ، وإن قال صاحب الثوب أولاً أردت تضمين الصانع قيل له احلف أنك لم تستعمله ، فإن حلف قيل للآخر احلف أنـــه استعملك لتبرأ من الضمان ثم قيل لرب الثوب ادفع اليه قيمة الصبغ وخذ ثوبك ، فإن أبى قيل للآخر ادفع إليه قيمة ثوبه أبيض ويصير الثوب لك ، فإن أبى أيضاً كانا شريكين في الثوب بقيمته أبيض وقيمة صبغه ، وعلى هذا يصح الجواب في قوله سرق مني ، فان قال سرقته أنت فهو مدع عليه أنـــه يضمن بتعديه فاليمين عليهما جميعاً ليوجب أحدهما الضمان على الآخر ويبرأ منه إلا أنـــه إن كان الصانع ممن لا يشار اليه بالسرقة يعاقب رب الثوب وإلا فـلا .

(لا) يتحالفان بالحاء المهملة (إن تخالفا) بخاء معجمة أي رب السويق والسمان (في لت) بفتح اللام وشد المثناة ، أي بل (السويق) بفتح السين المهملة و كسر الواو وآخره قاف ، أي دقيق الحب المقلو بسمن بأن قال السمان أمرتني بلته بعشرة أرطال سمن ، وقال رب السويق لم آمرك بشيء فلا يتحالفان ولا يتشاركان فيه، ويقال لصاحب السويق ادفع للسمان مثل ما قال وخذ سويقك ملتوتاً ، فان فعل أخذ سويقه .

وأبى مَنْ دَفعَ ما قالَ ، اللاَّتُ : فَمِثْلُ سَوِيقِهِ ، ولَــهُ وِلِلْجَمَّالِ
بِيَمِينٍ : فِي عدَمِ قَبْضِ اَلْأُجرَةِ وإنْ بَلَغا اَلْغايَةَ ، إلَّا لِطُولٍ :

(وإن أبى) أي امتنع صاحب السويق (من دفع) مثل (ما قال اللات) بشد الفوقية اسم فاعل لث كذلك (فمثل سويقه) غير ملتوت يدفعه اللات له ، فيها من لت سويقاً لغيره بسمن وقال لربه أمرتني أن ألته لك بعشرة دراهم وقال ربــه لم آمرك أن تلته بشيء قيل لصاحب السويق إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتاً ، فان أبى قيل اللات اغرم له مثل سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه له بلتاته ، ولا شيء لك ، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله ، وقال غيره اذا امتنع رب السويق أن يعطيه مالت بــه قضى له على اللات بمثل سويقه غير ملتوت . أبو الحسن مسألة السويق هــذه دائرة بين أن يقول ربه أودعتك إياه أو يقول سرق فقوله في الكتاب ، وقال ربــه لم آمرك بلته أعم من ذلك ، وكذا لفظه في الأمهات ، ونقلها عبد الحق بلفظ وقال ربه ما دفعت اليك شيئاً .

عبد الحق فهذا مثل قوله في الثوب سرق مني ، ثم ذكر قول ابن القاسم وقول غيره ، ثم قال وهو خلاف أو وفاق ، والظاهر أن المصنف حمله على الخلاف وترك قول ابن القاسم لترجيح قول غيره عنده قاله الحط . طفي وجه الوفاق أن معنى قول الغير أنه لم يرض بأخذه ملتوتاً،وقول ابن القاسم إذا رضي بأخذه ملتوتاً وهذا تأويل ابن يونس،وحمله عبد الحق على الخلاف ، فعلى قول الغير يقضي بأخذ مثل سويقه ، ولا يجوز أخــذه ملتوتاً للفضل ، والله أعلم .

(و) إن تنازع المستأجر والأجير في قبض الأجرة فالقول (له) أي الأجير المتقدم ذكره بيمين في عدم قبض الأجرة (و) إن تنازع الجمال والمكتري منه في قبض الكراء فالقول (للجمال بيمين في عدم قبض الأجرة) لأنه الأصل ، فعلى مدعي القبض إثباته إن لم يبلغا الغاية ، بل (وإن بلغا) أي الجمال والمكتري منه (الغاية) أي المكان الذي تكاريا اليه ، سواء تنازعا فيه قبل تسليم الأحمال أو بعده في كل حال (إلا لطول) في الزمان بعد

فَلِمُكْتَرِيهِ ، بِيَمِينٍ ، وإنْ قَـــالَ : بِمِائَةٍ لِبَرْقَةَ ، وقالَ : بَلْ
لِإِفْرِيقِيَّةَ : حَلَفَا . وفُسِـخَ ، إنْ عُدِمَ السَّيْرُ ، أو قَلَّ : وإنْ نَقَدَ ،

تسليمها فالقول (لمكتريه بيمين) فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن قال المكتري دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغا الغاية ، فالقول قول الجمال ان كانت الحمولة بيده أو بعد تسليمها بما قرب، وعلى المكتري البينة، وكذا الحجاج ان قام الكري بعد بلوغهم فيصدق بيمينه ما لم يبعد ، فان تطاول ذلك فالمكتري مصدق بيمينه الا أن يقيم الجمال بينة ، وكذلك قيام الصناع يحدثان رد المتاع ، فان قبض المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين ،

أبو الحسن قوله الا أن يقيم الجمال ، ظاهره أن الجمال يقيم البينة أن المكتري لم يقبضه، وليس هذا بمراد ابن يونس، أراد على إقرار المكتري أنه لم يدفع اليه شيئاً فيقضي بها، ويحتمل أن الضمير في قوله له راجع لرب الدار أو الأرض المفهومة من السياق ، لأنه في فصل أكرية الدور والأرضين والحكم في المسألة كذلك قاله في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب أكرية الدور والأرضين ، وهي مسألة طويلة قاله الحط .

(وإن) اتفق الجمال والمكتري منه على قدر الأجرة واختلفا في المسافة بأن (قال) الجمال أكريتك (بمائة لبرقة) بفتح الموحدة وسكون الراء بلد بالمغرب بينها وبين مصر نحو شهر (وقال) المكتري بها (لا فريقية) بكسر الهمز وسكون الفاء وكسر القاف وتخفيف التحتية عقبها وتشديدها بلد بالمغرب بينها وبين مصر ثلاثة أشهر (حلفا) أي الجمال والمكتري كل على نفي دعوى الآخر وإثبات دعوى نفسه .

(وفسخ) بضم فكسر عقد الكراء (إن عدم) بضم فكسر (السير) بأن تنازعا قبل الشروع فيه (أو قل) بفتح القاف واللام مثقلا السير بحيث لا ضرر على الجمال في رجوعه والا على المكتري في طرح متاعه إن لم ينقد الكراء ، بل (وإن) كان قد (نقد) المكتري الكراء للمكتري قاله الامام مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة . وقال غيره فيها إن كان نقده وأشبه المكراء فالقول قوله (وإلا) أي وإن كان اختلافهما بعد سير كثير أو بعد

وإلاَّ فَكَفَوْتِ ٱلْمَبِيعِ وَلِلْمُكْرِي فِي ٱلْمَسافَةِ فَقَطْ ، إنْ أَشْبَهَ قَوْلُهُ فَقَطْ ، أو أَشْبَها ، وٱنْتَقَدَ . وإنْ لَمْ يَنْتَقِـدْ : حَلَفَ ٱلْمُكْتَرِي ، وَلَزِمَ ٱلْجَمَّالَ ما قَالَ ،

بلوغها الغاية (ف) حكمه كحكم اختلاف المتبايعين في قدر الثمن بعد (فوت المبيع) بيد مشتريه من كون القول قول المشتري فيكون القول هنا قول المكتري .

فيها للإمام مالك «رض» وإذا اختلف المتكاريان قبل الركوب أو بعد مسير لا ضرر في رجوعه ، فقال المكري إنما أكريتك إلى برقة بمائة وقال المكتري بل إلى افريقية بمائة تحالفا وتفاسخا نقد الكراء أو لم ينقده ، وإن اختلفا بعدما بلغا برقة فقال المكري إنما أكريتك إلى برقة بمائة درهم ، وقال المكتري إلى أفريقية بمائة درهم ، فان انتقد المكري فهو مصدق إن أشبه أن يكون كراء الناس إلى برقة بمائة درهم ويحلف .

ابن القـاسم وإن لم يشبه الإقوال المكتري فللجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكتري بعد حلفهما ، ولا يلزمه التمادي إلى افريقية ، وإن لم ينتقد وأشبه ما قالا لكون ذلك مما يتغابن الناس فيه حلفا وفض الكراء ، فاخذ الجمال حصة مسافة برقة ولا يتمادى وأيهما نكل قضى عليه لمن حلف ، وإن أقاما بينتين قبل الركوب أو بعد بلوغ برقة قضى بأعدلهما ، فإن تكافأتا حلفا وفسخ . ابن المواز إن اختلفا بعـد طول السفر فالقول قول المكري في المسافة وقول المكتري في الثمن إن لم ينقد ، وكأنهما في القرب متبايعـان سلعتاهما بايديهما لم تفت ، وإن فات ذلك بعد السفر فهو كقبض المشتري المبيع وفوت ما بيده ، وفات رد المبيع وصار يطلب بالثمن فهو مدعى عليه .

(و) القول (للمكري) بضم الميم وكسر الراء وهو الجمال في اختـلافهما (في المسافة فقط ان أشبه قوله) أى المكري (فقط) أي دون المكتري سواء انتقـد أو لم ينتقد (أو أشبها) أي المكري والمكتري معاً (وانتقد) المكري الكراء من المكتري (وإن لم ينتقد) المكري الكراء من المكتري وهما مشبهـان (حلف المكتري ولزم الجمال ما

إلاَّ أنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى. فَلَهُ حِصَّةُ المسافَةِ عَلَى دَعْوَى المُكْتَرِي، وفُسِخَ الباقِي، وإنْ لَمْ يُشْبِهَا: حَلَفَا، وفُسِخَ بِكِرَاءِ المِثْلِ فِيمَا مَشَى، وإنْ قالَ. أكْرَيْتُكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِائَةٍ وبَلَغَاهَا، وقالَ: بَلْ لِمَكَّةَ بِأقَلَّ، فإنْ نَقَدَهُ فالقَوْلُ لِلْجَمَّالِ فِيمَا يُشْبِهُ وحَلَفَا

قال) المكتري فيحمله إلى افريقية في كل حال (الى أن يحلف) الجمال أيضاً على المسافة التي ادعاها التي انتهيا اليها وهي برقة (فله) أي الجمال (حصة المسافة) التي انتهى إليهاوهي برقة (علىدعوى المكتري وفسخ) بضم فكسر (الباقي) من برقة إلى افريقية.

(وإن لم يشبها حلفا وفسخ) الكراء وحوسب الجمال (بكراء المثل فيما مشى) من المسافة ويقضي للحالف منهما على الناكل. ابن رشد تلخيص هذه المسألة وبيانها على أصل ابن القاسم أن ينظر، فإن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله انتقد أو لم ينتقد، وإن أشبه قول المكتري خاصة فالقول قوله نقد الكراء أو لم ينقده، وإن أشبه ما قالا جميعاً نظر، فان انتقد الكراء فالقول قول المكري، وإن لم ينتقد فالقول قول المكتري وإذا كان القول قول المكري فيحلف وله جميع الكراء، وإذا كان القول قول المكتري حلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعى فله حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ عنه الباقي، وإن لم يشبه قول واحد منهما حلفا وفسخ، وله كراء المثل فيما مشى وأيهما نكل قضى عليه لمن حلف.

(وإن) اختلفا في المسافة والأجرة معاً بأن (قال) الجمال (أكريتك المدينة) المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام (بمائة وبلغاها) المتكاريان المدينة (وقال) المكتري (بل) أكريتني (لمكة) المشرفة (بأقل) من المائة كخمسين (فان) كان (نقده) أي المكري المكتري الخمسين (فالقول للجمال فيما يشبه) لتقوى دعواه بالانتقاد والشبهة، وأراد مع شبه المكتري بدليل قوله (وحلفا) أي الجمال والمكتري وقوله

وفُسِخَ ، وإنْ لَمْ يَنْتَقِدْ . فلِلْجَمَّالِ فِي الْمَسافَةِ ، ولِلْمُكْتَرِي فِي حِصَّتِها مِمَّا ذُكِرَ بَعْدَ يَمِينِهِما وإنْ أَشْبَهَ قَوْلُ الْمُكْرِي فَقَطْ . فَالْقَوْلُ لَهُ بِيَمِينٍ ، وإنْ أَقاما بَيِّنَةً . قُضِيَ بِأَعْدَلِهِما وإلاَّ سَقَطَتا

الآتي وإن أشبه المكري فقط فالقول له بيمين (و) إذا حلفا (فسخ) الكراء فيما بقي ، وكذا إن نكلا ، وإن نكل أحدهما قضى عليه للحالف وإن لم يشبها حلفا وفسخ الكراء المثل فيما مشى ، وسكت عنه لوضوحه ولدلالة ما مر عليه .

(وإن لم ينتقد) المكتري المكري شيئاً من الكراء (فالقول للجمال في) قدر (المسافة) أنها للمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلوات وأزكى التسليمات (و) القول (للمكتري حصتها) أي المسافة (مما ذكره) المكتري من الكراء ككونه خمسين (بعد يمينهما) على ما ادعياه فلا يقبل قول المكري أنها للمدينة بمائة ، ولا قول المكتري أنها لمكة بخمسين ، لأن بلوغ المسافة رجح قول المكري وعدم الانتقاد رجح قول المكتري (وإن أشبه قول المكري فقط) أي دون المكترى (فالقول له) أي المكري (بيمين) فيأخذ المائة التي حلف عليها .

(وإن أقاما) أي المكري والمكتري (بينة) أي جنسها الصادق ببينتين بينة شهدت للمكري وبينة شهدت للمكتري (قضي) بضم فكسر (بأعدلهما) أي البينتين، سواء كانت بينة المكري أو المكتري (وإلا) أي وإن لم تكن إحداهما أعدل من الأخرى وتساوتا في العدالة (سقطتا) أي البينتان ، وصارا كمن لا بينة لهما . فيهما لابن القاسم رحمه الله تعالى لو قال المكري اكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها ، وقال المكترى بل إلى مكة بمائة فان كان نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه . ابن يونس معناه إذا اشبه ما قالاه جميعاً . ابن القاسم ويحلف له المكترى في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة ويتفاسخان .

ابن القاسم وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكترى في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانهما ، ويفض الكراء على ما يدعي المكترى وإن أقاما بينة قضى

بأعدلها ، وإن تكافأتا سقطتا. الحط اختلافهما في المسألة الأولى في المسافة فقط، واختلافهما في هذه في المسافة وقدر الكراء وقد اختصر الكلام فيها تبعاً للمدونة ، فلم يذكر حكم اختلافهما قبل الركوب أو بعد سير يسير أو بعد ركوب كثير اعتمادا على ما تقدم في التي قبلها ، فان الحكم فيها في اختلافهما قبل الركوب أو بعد سير يسير التحالف والتفاسخ كما تقدم، وبعد الركوب الكثير كحكمه بعد بلوغ الغاية التي ادعاها المكرى ، فقوله فان نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا وفسخ ، يعنى إذا اختلفا بعد بلوغ المدينة أو بعد سير كثير ، فان كان بعد انتقاد الجمال فالقول قوله فيما يشبه ، لأنه ائتمنه ويحلف المكترى له في المائة الثانية والجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة ويتفاسخان ، ثم قال وبقي وجه لم يتكلم عليه المصنف ، وهو ما إذا لم يشبه قول واحد منهما والحكم فيه حلفهما ، وللمكرى كراء مثله في المسافة المتفق عليها بالغاً ما بلغ ، ومن نكل منهما قبل عليه قول من حلف ، والله أعلم ، وإن اختلفا فيمن يبدأ باليمين اقترعا قاله أبو الحسن .

(تنبيهات)

الاول : ذكر قوله وإن أقاما بينة الخ ، وإن كان من تعارض البينتين لينبه على قول غير ابن القاسم في المدينة بقبول بينة كل منهما إذا كانت عدلة ، لأن كل واحد منهما ادعى فضلة قام عليها بينة فيقضى بأبعد المسافتين واكثر الكراءين جمعاً بين البينتين ، سواء انتقد أم لم ينتقد .

الثاني : فيها إن طلب الجمال نقد الكراء قبل الركوب أو بعد السير القريب فامتنع المكترى منه حملا على سنة الناس في نقد الكراء أو تأخيره ، فان لم يكن لهم سنة فكالسكنى في أنه لا يعطيه إلا بقدر ما مضى من المنفعة وإن عجل الكراء بلا شرط فلا رجوع له فيه ، فإن طلب أحدهما نقد بلد الغاية والآخر نقد بلد العقد قضى بينهما بنقد بلد العقد .

الثالث : أبو الحسن يقال للجمال مثلا كرى ومكار ومكر وللراكب مكتر ومتكار وجمع المكري مكرون والكري أكرياء والمكتري مكترون .

وإنْ قالَ : اكْترَيْتُ عَشراً بِخَمْسِينَ ، وقالَ : خمساً بِمِائَةٍ . حلَفا ، وفُسِخَ ، وإنْ زَرَعَ بَعضاً ولَمْ يَنْقُدْ فَلِرَبِّها مَا أَقَرَّ بِهِ الْمكْتَرِي . إنْ أَشْبَهَ وحَلَفَ . وإلاَّ فَقَوْلُ رَبِّها . إنْ أَشْبَهَ . فَإنْ لَمْ يُشْبِها : حَلَفا . وَوَجَبَ كِراءُ الْمِثْلِ فِيما مَضَى . وفُسِخَ الْباقِي مُطْلَقاً . وإنْ نَقَدَ : فَتَرَدُّدٌ .

(وإن قال) المكتري داراً أو أرضاً مثلاً (اكتريت منك) الدار أو الأرض مثلاً (عشراً) من السنين (بخمسين) ديناراً مثلاً (وقال) ربها (بل) اكتريت (خمساً) من السنين (بمائة) من الدنانير مثلا ولا بينة لهما (حلفا) أي المكري والمكتري (وفسخ) بضم فكسر الكراء إن كان اختلافهما بحضرة العقد بدليل قوله (وإن زرع) المكتري أو سكن (بعضاً) من السنين (ولم ينقد) المكتري شيئاً من الكراء (فلربها) أى الذات المكتراة أرضاً كانت أو داراً (ما أقر به المكتري) فيما مضى (إن أشبه) المكتري في قوله عشراً بخمسين عادة الناس (وحلف) المكتري على دعواه ، سواء شبه قول المكري أيضاً أم لا (وإلا) أى وإن لم يشبه قول المكتري (ف) القول (قول ربها) بيمينه (إن أشبه) قوله خمساً بمائة عادتهم .

(وإن لم يشبها) بأن خالفا معاً المعتاد (حلفا) أى المكري والمكتري (ووجب) للمكري (كراء المثل فيما مضى) من السنين (وفسخ) بضم فكسر (الباقي) منها فسخاً (مطلقاً) عن التقييد ببعض الصور قاله الشارح، وذكر قسيم ولم ينقد فقال (وإن) كان (نقد) المكترى الكراء (ف) فيه (تردد) في كونه كمن لم ينقد في اعتبار الشبه ، أو القول قول المكترى لرجحان قوله بالنقد . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن قال المكترى اكتريت الأرض عشر سنين بخمسين ديناراً ، وقال ربها بل خمس سنين بمائة دينار ، فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا ، وإن كان قد زرع سنة أو سنتين ولم ينقد فالقول قوله لأنه غارم ولربها ما أقر به المكترى . ابن يونس وهو خمسة في كل سنة إن أشبه أن يتغابن الناس بمثله ويحلف .

ابن يونس وإن لم يشبه قبل قولها ربها إن أشبه بيمينه وهو عشرون في كل سنه إذا تساوت السنون ، وإن لم يشبه واحد منها فله كراء المثل فيما مضى ويفسخ باقي المدة على كل حال لدعواه في كرائها أكثر من المعتاد ، وهذا إذا لم ينتقد . قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه رب الأرض والدار والدابة مصدق في الغاية فيما يشبه ، وإن لم ينتقد وقال غيره إذا انتقد فالقول قول ربها بيمينه . ابن يونس هـذا موافق قول ابن القاسم أفاده « ق » . الحط أجل المصنف رحمه الله تعالى في ذكر هذا التردد ولم يبين ذلك شارحوه ، وإنما يتبين بكلامها وشراحها ففيها بعد ذكر الأوجه الأربعة ، وهي شبه المكترى وحده وشبههما ، وشبه المكرى وحده وعدم شبههما معاً ، وهذا إن لم ينقد ، أبو الحسن مفهومه لو نقد لكان القول قول ربها ولا يفسخ بقية الخمس سنين فيكون كقول الغير ومخالفاً لقوله ، ويفسخ باقي المدة على كل حال فقيل معنى قوله وهذا إن لـم ينقد ، أي هذا الذي سمعت من الامام مالك رضي الله تعالى عنه ولم أسمع منـه إذا انتقد ، والحكم عندي سواء فيهما .

لكن يعترض قوله هذا بقوله ومن قول مالك رب الأرض والدار والدابة مصدق إذا انتقد، إذ هو مصدق إذا لم ينتقد من باب أولى، فهذا يعطي سماعه الوجهين، وقيل إنه يعود على أول المسألة، وهو إذا زرع سنة أو سنتين إلا أن فيه تكراراً اه، ونص قول الغير فيها قال غيره إذا انتقد فالقول قول ربها مع يمينه فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكترى بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمينه على ما ادعى عليه ويمين المكرى فيما ادعى عليه من طول المدة ، وإن لم يشبه واحـد منهما تحالفا وفسخ الكراء، وعلى المكترى قيمة ما سكن وإن أتيا بما يشبه صدق رب الأرض، لأنه انتقد مع يمينه اه ، فجعله إذا أتى ربُ الأرض بما يشبه لا ينفسخ ، وكـذا إذا أتياه معاً بما يشبه فيكون في هذين الوجهين مخالفاً لما تقدم فيما إذا لم ينتقد ، فمن الشيوخ من حمل قول ابن القاسم ، وهذا إن لم ينتقد على معنى أنه يُفسخ في الباقي . وأما إن انتقد فلا يفسخ يريد في هذين الوجهين ، ويكون قول ابن القاسم موافقاً لقول غيره .

ومنهم من رأى أن مذهب ابن القاسم الفسخ مطلقاً ، ويكون قول الغير خلافاً ، وهذا تأويل ابن يونس ، فإنه قال هذا الذى ذكره غير موافق قول ابن القاسم إلا قوله إذا أشبه قول ربها أو أشبه ما قالا أن المكترى يلزمه أن يسكن ما أقر به المكرى ، فهذا يخالف فيه ابن القاسم ، ويرى أنهما يحلفان ويفسخ في بقية المدة ، لأنها كسلعـــة لم تقبض ، والله أعلم ، طفي فالتردد خاص باتيانهما بما يشبه أو أشبه المكرى وحـــده وما عدا هاتين لا فرق فيه بين النقد وعدمه ، هكذا النقل في المدونة وغيرها ، وقد حرر « ح » ، المسألة وتبعه عج والمحل للتأويلين ، والله أعلم .

(بـــاب)

في بيان أحكام الجعل وما يتعلق به

(صحة) أي موافقة (الجعل) الشرع بضم الجيم وسكون العين المهملة أي : عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشىء عن محله به لا يجب الا بتمامــه لا بعضه ببعض ، فيخرج كراء السفن والمساقاة والقراض ، وقولنا به خوف نقض عسكه بقوله ان أتيتني بعبدي الآبق فلك عمله كذا او خدمته شهراً ، لأنــه جعل فاسد لجهل عوضه والمعرف حقيقته المعرضة للصحة والفســاد ، وأوجز منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا ببعضه فتخرج المساقاة والإجارة لاستحقاق بعضه ببعض فيها ، والقراض لعـدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح ، وقول ابن رشد هو جعل الرجل جعلاً على عمل رجل ان لم يكمله لم يكن له شيء ينتقض بالقراض . الحط والضمير في قوله به يعود للعمل ، أي بعوض غير ناشىء عن محل العمل بسبب ذلك العمل ، فتخرج المغارسة والقراض لأنهما بعوض ناشىء عن محل العمل بسبب ذلك العمل ، وتدخل الصورة التي ذكرها لأنها وان كانت بعوض

ناشيء عن محل العمل بسبب ، لكن ذلك العوض لم ينشأ بسبب العمل الذي هو الإتيان بالآبق .

(تنبيهان)

الأول : في التوضيح الأصل في الجعالة قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير ﴾ ٧٢ يوسف ، وحديث الرقية . ابن عرفة تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل وفيه نظر ، لجواز كون إقراره ﷺ على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة ، فأجاز لهم استخلاصه بالرقيه . ابن ناجي قوله ﷺ فيه أن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله تعالى ، يقتضي صرف ما أخذوه للرقية . الحط هذا هو الصواب . قلت ايضاً قوله ﷺ وما يدريك إنها رقية اضربوا لي معكم بسهم يقتضى ذلك ، والله اعلم .

الثاني : ابن عرفة وهي رخصة اتفاقاً ، والقياس عدم جوازه ، بل عدم صحته لغرره ، لكن خرج عن ذلك بالآية والحديث للضرورة اليه .

وخبر صحة الجعل (بالتزام أهل الإجارة) ابن شاس لا يشترط في عاقدي الجعل إلا أهلية الاستئجار والعمل . ابن عرفة وشرطه أهلية المعاوضة فيهما . ابن شاس وابن الحاجب شرطهما أهلية الاستئجار والعمل . ابن عبد السلام معنى قوله والعمل أن عمل الجعالة قد يمتنع من بعض الناس كما لو جوعل ذمي على طلب مصحف ضاع لربه ، وكذا الحائض مدة الحيض . قلت هذا الامتناع شرعي ولا يتم إلا بقصر الجعالة على الجائز منهما ، والأظهر اعتبارها من حيث ذاتها يفسر الامتناع بالامتناع العادي كمجاعلة من لا يحسن العوم على رفع متاع من قعر بئر كثيرة الماء طويلة ، ومفعول التزام المضاف لفاعله قوله (جعلاً) بضم فسكون ، أي مالاً (علم) بضم فكسر للجاعل والمجعول له ، فلا يصح بمجهول كأن جئتني بعبدي الآبق فلك نصفه لجهلهما حاله حين العقد .

ابن شاس شرط الجعل كونه معلوماً مقدوراً عليه كالأجرة ، فيها ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمناً لإجارة أو جعل ، ابن لبابة ابن القاسم كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار

وأن يجعل جعلا ومالا يجوز بيعه لا يجوز الاستئجار بـــه ولا جعله جعلاً إلا خصلتين في الذي يجعل لرجل على أن يغرس له أصولا حتى تبلغ حد كذا ، ثم هي والأصل بينهما،فإن نصف هذا لا يجوز بيعه ، وفي الذي يقول القط زيتوني فما لقطت فلك نصفه ، فإن هــذا يجوز . ابن رشد أرادوبيعه لا يجوز ، ابن لبابة وقد روي عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أنه لا يجوز ، ولم يختلف قول مالك «رض» في الرجل يكون له دين على الرجل مائة دينار فيقول الآخر ما اقتضيت من شيء من ديني فلك نصفه وهما سواء . ابن رشد ما هما سواء والأظهر من القولين أن لا تجوز الجاعلة على لقط الزيتون بالجزء منـــه ، لأن أوله أهون من آخره ، والجاعلة على اقتضاء الدين بجزء ما يقتضيه منعهـا أشهب والأظهر جوازها ، إذ لا فرق بين أوله وآخره في العناء في اقتضائه ، وأما الحصاد والجداد فـــلا خلاف بينهم في جواز الجاعلة فيه بجزء منه بأن يقول جد من نخلي ما شئت أو أحصد من زرعي ما شئت ، ولك من كل ما تحصده أو تجده ثلثه مثلا لأنه لا يلزم واحـــداً منهما اهـ ، « ق » .

(تنبيه)

« في » ظـــاهر كلام المصنف أن الشرط قاصر على الجاعل دون المجعول له ، وليس كذلك ، إذا لا يصح عقـــد الجعل إلا من الرشيد أو من المحجور بإذن وليه وقد تقدمت النصوص بهذا ، والله أعلم .

(يستحقه) أي الجعل الملتزم الشخص (السامع) قول الجاعل ولو بواسطة ، ومفهوم السامع أن من لم يسمع لا يستحقه وهو كذلك على المشهور ، وسمـع عيسى ابن القاسم من جعل في عبد له آبق عشرة دنانير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل ، فإن كان يأتي بالآبق فله جعل مثله وإلا فليس له إلا نفقته ، وإن جاء به من سمعه فله العشرة وإن كان من لا يأخذ الآبق . ابن رشد وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ ، انه له الجعل المسمى وإن لم يعلم به ، قال وقاله مالك «رض» . ابن رشد قـــول ابن القاسم أظهر لأن

الجاعل إنما أراد تحريض من سمع قوله على طلبه فوجب أن لا يجب ما سمى من الجعل إلا لمن سمعه فطلبه بعده. ابن عرفة جعل ابن شاس وابن الحاجب قول ابن الماجشون هو المذهب وليس كذلك، وإنما يستحقه (بالتمام) للعمل المجاعل عليه فلا يستحقه من عمل البعض إلا فيما سيذكره المصنف . ابن المواز الإمام مالك « رض » من قال لرجل بع ثمر حائطي ولك كـذا ، ثم جاء صاحب الحائط قوم فساوموه حتى باع منهم فطلب الرجل جعله فـلا شيء له ، وإنما جعل لـه الجعل على أن يبيع ويماكس والذي بايعهم وماكسهم صاحب الحائط لا المجعول له .

وشبه في الاستحقاق بالتمام فقال (ككراء السفن) بضم السين والفاء جمـع سفينة فيتوقف استحقاقه على التمام بالوصول إلى نهاية السفر ، ومضى زمن يمكن فيه إخراج ما في السفينة ، فإن غرقت في الأثناء أو عقب وصولها قبل إمكان إخراج ما فيها فلا شيء لربها من الكراء . ابن عرفة في حكم كراء السفن اضطراب . ابن رشد قول ابن القاسم وروايته أنه على البلاغ كالجعل الذي لا يجب إلا بتمام العمل كان على قطع الموسيطة أو الريف، وفيها لمالك «رض» من اكترى سفينة فغرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من طعام وغيره فلا كراء لربها وأرى أنه على البلاغ .

ابن يونس وقال يحيى بن عمر إن كان كراؤهم على قطع البحر مثل السفر إلى صقلية من أفريقية أو إلى الأندلس فلا شيء لهم من الكراء ، وإن كان كراؤهم مـع الريف مثل الكراء من مصر إلى أفريقية وشبهه فله بحساب ما سار ، وبهذا قال أصبغ اللخمي كراء السفن بجعل وإجارة .

واستثنى من عدم الاستحقاق إن لم يتمم فقال (إلا أن يستأجر) المكتري (على التمام) سفينة أخرى (ف) يستحق المكري الأول من الكراء (بنسبة) الكراء (الثاني) فيهـا للامام مالك «رض» والجعل يدعه العامل متى يشاء ولا شيء له إلا أن ينتفع الجاعل بمـا عمل له المجعول مثل أن يجعل له جعلا على حمل خشبة إلى موضع كذا فيتركها في الطريق ويستأجر ربها من يأتيه بها أو يعجز عن حفر البئر بعد ابتدائه فيها ثم يجعل صاحبـه

لآخر جعلا فيتمه فللثاني جميع جعله الذي جاعله به ، وللأول بقدر ما انتفع به الجاعل مما حط عنه من جعل الثاني ، وفي المستخرجة لو جعل للأول خمسة على حملها المسافة كلها فحملها نصف الطريق وتركها ، فجعل للثاني عشرة على التمام فللأول عشرة لأنها التي تنوب عمل الأول من جعل الثاني ، لأنه لما جوعل على النصف بعشرة علم أن جعل الجميع عشرون فيسقط عن الجاعل عشرة ويعطي الأول عشرة .

ابن يونس انظره فان الأول رضي بحملها المسافة كلها بخمسة ، فالقياس يقتضي استحقاقه نصفها اثنين ونصفاً فقط ، لأنه حملها نصف الطريق والغبن ماض في الجعل وغيره ونحوه للتونسي ، وأجيب عنه بأن عقد الجعل لما كان منحلا من جهة العامل وترك في الأثناء صار تركه فسخاً للعقد وكأنه لم يكن وقد تبين ما استحقه على عمله بجعل الثاني ، ومثل استئجار الجاعل على التمام إتمامه بنفسه أو بعبيده وخدمه ويقدر له جعل يستحق الأول من الجعل بحسبه .

وإن أتم المجعول له العمل الجاعل عليه بأن أتى بالآبق أو الشارد استحق الجعل إن استمر المأتي به في ملك الجاعل ، بل (وإن استحق) بضم التاء وكسر الحاء الشيء الجاعل على تحصيله أي ظهر ملكاً لغير الجاعل عبداً كان أو غيره ، فيلزم الجاعل دفع الجعل للآتي به عند ابن القاسم ولو لم يستلمه منه لأنه هو الذي أدخله في ذلك العمل وظاهره أن الجاعل لا يرجع بالجعل على المستحق ، وهو كذلك عند ابن القاسم ، هذا إذا كان استحقاقه بملك لغير الجاعل ، بل (ولو استحق بحرية) فيلزم الجعل الجاعل عند ابن القاسم وأشار بولو لقول أصبغ بسقوطه عنه (بخلاف موته) أي الرقيق أو الحيوان المجعول على تحصيله بعده وقبل تسليمه للجاعل ، فلا يلزمه الجعل لعدم تمام العمل .

ابن المواز ومن جعل لرجل جعلاً في آبق له فقطعت يده أو فقئت عينه قبل أن يصل به إلى ربه ، فصار لا يساوي الجعل ، أو نزل به ذلك قبل أن يجده ثم وجده فله جعله كاملاً ولا ينظر زاد العبد أو نقص ، وقاله الإمام مالك رضي الله عنه وإن لم يصل لربه حتى

بِلاَ تَقْدِيرِ زَمَنٍ . إلاَّ بِشَرْطِ تَرْكٍ مَتَى شاءَ . ولاَ نَقْدٍ مُشْتَرَطٍ فِي كُلِّ ما جازَ فِيهِ الإجارَةُ . بِلاَ عَكْسٍ .

استحقه مستحق فالجعل على جاعله ليس على مستحقه بشيء منه، وكذلك لو استحق بحرية فالجعل على الجاعل ولا يرجع به عليه. أصبغ ولا على أحد، هذا قول ابن القاسم ابن المواز أحب إلي أن يرجع الجاعل على المستحق بالأقل من المسمى، وجعل مثله عبد الملك من جعل جعلاً على آبق له ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعده وإن لم يعلم بعتقه ، وأن أعتقه بعد أن وجده جعل جعلاً على آبق له ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعده وإن لم يعلم بعتقه ، وأن لم يعلم بعتقه ، وان أعتقه بعد أن وجده فله جعله ، فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب الجعل. ابن عرفة وموت الآبق قبل إيصاله يسقط جعله لعدم تمام عمله.

(بلا تقدير زمن) للعمل الجاعل عليه يحتمل تعلقه بصحة وبتام أي يجوز تقدير زمن لعمل الجعل لزيادته الغرر لاحتمال انقضاء زمانه قبل تمام عمله فيذهب باطلاً ، فإن قدر له زمن بطل في كل حال (إلا بشرط ترك) للعمل (ما شاء) العامل فيصح .

(و) بـ (لا نقد مشترط) مفهومه أن النقد بلا شرط لا يضر ، فلو قال ولا شرط نقد لكان أحسن لأن ظاهر كلامه أن المفسد النقد المشترط ، ومقتضى التصويب أن شرط النقد مفسد وإن لم ينقد ، وهذا هو الصواب . ابن المواز الإمام مالك «رض» لا يصلح الأجل في الجعل ولا النقد فيه (في كل ما) أي عمل (جاز فيه الإجارة) الشارح صلةصحة والمعنى أن الجعل يجوز في كل عمل تجوز الإجارة فيه حال كون هذه الكلية (بلا عكس) لغوي ، أي ليس كل ما جاز فيه الجعل تجوز فيه الإجارة فالجعل أعم متعلقاً من الإجارة .

«غ» هذا عكس قوله في المدونة كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة وليس كل ما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل ، أي فالإجارة أعم متعلقاً من الجعل ، ويشبه أن المصنف كتب في المبيضة ، فكل ما جاز فيه الجعل جاز فيه الإجارة على أنه يصح بقاء لفظه على حاله بجعل الإجارة مبتدأ خبره في كل ما جاز، وفاعل جاز ضمير الجعل، إلا أنه شديد التكلف ، وإذا زيد في أول الكلام فاء أو واو سهل شيئاً ما .

(تحرير)

ابن عرفة صدق هـذه الكلية على ظاهر قول ابن الحاجب وابن رشد والتلقين بصحة الجعل في العمل المجهول لا يصح ، وعلى منعه فيه صدقها واضح ، ويلزم منه منع الجعل على حفر الأرض لاستخراج ماء ونحوه مع جهل حالها ، فلو جاز الجعل فيه مع الجهل كذبت الكلية لصدق نقيضها أو منافيها وهو بعض ما يجوز فيه الجعل لا تجوز فيه الإجـــارة أو غير جائز فيه الإجارة الأول سلب ، والثـاني عدول ، وذلك البعض الأرض المجهول حالها لها . طفي أبقى أبو الحسن كلامها على ظاهره قائلا الإجارة أعم والجعل أخص ، فبينهما عموم وخصوص مطلق ا هـ ، وكذا أبقى من وقفت عليه من شراح ابن الحـــاجب كلامه على ظاهره ، وقول ابن عرفة بعد كلامها صدق هــــذه الكلية على ظاهر قول ابن الحاجب وابن رشد والتلقين بصحة الجعل في المجهول لا يصح فيه نظر ، لأن المراد كل محل يصح فيه الجعل تصح فيه الإجارة بشرطها ، فاعتبار شرطها لا يخرجهـا عن صحتها في ذلك المحل

أبو الحسن لا يعترض على هذه الكلية بالآبق لكونه لا تجوز فيه الإجـارة ، بل تجوز فيه على أن يطلب كل يوم بكذا ، أو يطلبه في موضع كذا وله كذا ا هـ ، وهو واضح ، وقد نقل « غ » كلام ابن عرفة وأقره واغتر به عج فقال هذا لا يصح لجواز الجعالة فيما يجهل من الأعمال فتصح الجعالة فيما لا تصح فيه الإجارة فبان أن بينهما عموماً وخصوصاً من وجه اهـ ، وقد حصر ابن رشد الأعمال في ثلاثة أقسام ما يصح فيه الجعل والإجارة وما لا يصح فيه الجعل والإجارة وما لا يصح فيه الجعل وتصح فيه الإجارة ، فالأول كثير منه بيع الثوب والثوبين وشراء الثياب القليلة والكثيرة وحفر الآبار واقتضاء الديون والمخـاصمة في الحقوق على أحد قولي مالك «رض» وروي عنه أن الجعل في الخصومة لا يجوز ، والثاني نوعـان أحدهما ما لا يجوز للمجعول له فعله ، والثاني ما يلزمه فعله ، والثالث كثير أيضاً منـه خياطة الثوب وخدمة الشهر وبيع السلع الكثيرة ا هـ ، فحصل من كلامه أن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً كما في المدونة ، إذ حصر الأقسام في الثلاثة وقول تت بقي قسم رابع وهو ما يجوز فيه

الجعل دون الإجارة كاشتراط جهل الجاعل والمجعول له موضع الآبق غير ظاهر تبع فيه ابن عرفة والله الموفق .

(و) يجوز الجعل على البيع والشراء القليل ، بل (ولو في الكثير إلا) في (كبيع) وشراء (سلع) كثيرة فلا يجوز الجعل عليه إذا كان (لا يأخذ) المجعول له (شيئاً) من الجعل (إلا ب)بيع أو شراء (الجميع) إذ يلزم عليه انتفاع الجاعل ببيع أو شراء البعض مجاناً إذا لم يبع أو يشتر العامل الباقي ولو واحداً من ألف مثلاً ، ومفهوم لا يأخذانه لو كان على أن ماباعه يأخذ حصته يجوز وهو كذلك ، فالاستثناء راجع للبيع فقط ، ويحتمل رجوعه للشراء أيضاً ، ويعضده ما في بعض النسخ كبيع بالكاف .

ابن المواز يجوز عند الإمام مالك «رض» وأصحابه الجعل على الشراء فيما قل وكثر في الحضر والسفر ، فلا بأس أن يجعل له على مائة ثوب يشتريها ديناراً إذا كان على أن مـــا يشتريه له يلزمه ، فإن كان على أن ما يشتريه له فهو فيه بالخيار فلا خير فيه ، ومنع الجعل على بيع ما كثر ففرق بين الشراء والبيع . ابن يونس رعياض وجماعة من القرويين وغيرهم البيع والشراء سواء ،وحملوا المنع في البيع على أن العرف فيه لا يأخذ شيئاً إلا ببيع الجميع ، فمنع بخلاف الشراء .ولو كان على أنه إذا باع شيئاً كان له بحسابه جاز وأولوا الإطلاق في الشراء على أن العرف جار بأنه إذا اشترى شيئاً أخذ بحسابه ، ولو كان لا يأخذ شيئاً إلا بعد شراء الجمع لمنع فاستوى البيع والشراء في المنع والجواز .

البناني دخل تحت الكاف كل ما يتفق فيه للجاعل منفعة إن لم يتم العمل ، ففي البيان لم يجز الجعل على بيع الثياب الكثيرة في البلد ، لأنه إن بدا له في بيعها وردها إلى صاحبها كان قد انتفع بحفظه لها طول كونها في يده ليس من أجل أن الجعل لا يجوز في الكثير ، وإن كان قد قال ذلك عبد الوهاب وغيره فليس بصحيح ، وفي المقدمات ليس من شرط الجعل كونه في القليل وإن قاله عبد الوهاب فليس بصحيح ، والصحيح جوازه في كل ما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه كثيراً كان أو قليلاً ، والمستثنى مقيد بالكثرة . وأمـــا

وفي شَرْطِ مَنْفَعَةِ الجَاعِلِ قَوْلاَنِ .

الثوبان ففي المقدمات تجوز الجاعلة على بيعهما[1] فانظر ما الفرق بين الثوبين والثياب حتى جاز الأول ، ومنع الثاني مع أن علة المنع موجودة في الجميع قاله ابن عاشر ، والروايات ناصة على أن شرط الجعل على البيع تسمية الثمن أو تفويضه للمجعول له وهو نقل الصقلي وابن رشد فيجب تقييد قولها بجواز الجعل على بيع قليل السلع بالبلد سمى لها ثمناً أم لا بالتفويض له فيه ، والعرف في هذا كالشرط . ففي العتبية سحنون في الرجل يستأجر على الصياح على المتاع في السوق علـى جعل أنه فاسد لأنه يصيح النهار كله وليس له إمضاء البيـع وإمضاؤه إلى رب المتاع فلا يدري أيعطى في السلعة ما يرضى به صاحب السلعة أم لا ، ولو كان امضاء البيع والنظر إلى الصائح لم يكن بالجعل بأس . سحنون هذه مسألة جيدة .

ابن رشد هذه مسألة جيدة صحيحة على ما قال سحنون ، ولا يجوز الجعل عـلى البيع إلا بأحد الوجهين إما أن يسمى له ثمناً أو يفوض له البيع بمـا يراه ولا اختلاف في هـذا .

(وفي شرط منفعة الجاعل) بعمل العامل الجاعل عليه في صحة الجعل وعدمـه (قولان) عبد الملك من جاعل رجلاً على رقيه إلى موضع في الجبل سماه له ، فلا يجوز الجعل إلا فيما ينتفع به الجاعل ، يريد أنه من أخذ المال بالباطل ، ولم ينقل ابن يونس غير هذا . وقال ابن رشد اختلف هل من شروط صحته أن يكون فيه منفعة للجاعل أم لا على قولين ، ومن ثم لا يجوز الجعل على إخراج الجان لأنـه يعرف حقيقته ولا يوقف عليه ، ولا ينبغي لأهل الورع الدخول فيه ، وكذلك الجعل على حل المربوط والمسحور .

---

(١) (قوله تجوز الجاعلة على بيعهما) الظاهر تقييده باشتراط انه اذا باع أحدهما ورد الآخر للجاعل فله من الجعل بحساب ما باع أو عرف ذلك بدليل قوله والصحيح جوازه في كل ما لامنفعه فيه للجاعل الا بتمامه كثيراً كان أو قليلا وبدليل رد ابن رشد تعليل عبد الوهاب وتقييده المنع بالكثرة فسقط تنظير ابن عاشر .

وَلِمَنْ لَمْ يَسْمَعْ جُعْلُ مِثْلِهِ . إنِ اعْتادَهُ . كَحَلِفِهِا بَعْدَ تَحالُفِهِما .

الآبي ما يؤخذ لحل المعقود فإن كان برقية عربية جاز ، وإن كان بالرقى العجمية امتنع وفيه خلاف . وقال ابن عرفة ان تكرر نفعة جاز . «غ» ظاهر كلام عياض في التنبيهات أن المشهور اشتراط منفعة الجاعل لأنه قال هو أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً ولا ينقده إياه على عمل معلوم يعمله أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل على خلاف في هذا الأصل ، على أنه إن عمله كان له الجعل وإن لم يتم فلا شيء له مما لا منفعة للجاعل إلا بعد تمامه .

(ولمن لم يسمع) قول الجاعل من جاء بعبدي الآبق فله دينار مثلاً وجاء به (جعل) بضم فسكون (مثله إن) كان قد (اعتاده) أي المجيء بالآبق ، وسواء كان مثل المسمى أو أقل منه أو أكثر ، وشبه في القضاء بجعل المثل فقال (كحلفهما) أي الجاعل والمجعول له بحاء مهملة (بعد تحالفهما) بالخاء المعجمة ، أي اختلافهما في قدر المال المجعول للعامل على تمام عمله ، فإن حلفا أو نكلا ردا الى جعل المثل ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى للحالف على الناكل . ابن الحاجب ان تنازعا في قدر الجاعل تحالفا ووجب جعل مثله . ابن هرون القياس قبول قول الجاعل لأنه غارم ، ولأنه كمبتاع سلعة قبضها وفاتت بيده فالقول قوله ان ادعى ما يشبه ، وإلا فقول خصمه ، والا تحالفا ورد الجعل المثل .

ابن عبد السلام انما يصح ما قاله ابن الحاجب ان اختلفا بعد تمام العمل وإتيانهما بما لا يشبه وإلا فإن كان العبد باقياً بيد المجعول له وأتى بما يشبه ، فالقول قوله ، فإن ادعى بما لا يشبه وادعى الجاعل بما يشبه قبل قوله فإن ادعى ما لايشبه حكم بما قاله ابن الحاجب ابن عرفة هذا أصوب مما قاله ابن هرون . ابن عرفة تبع فيه ابن شاس والأظهر تخرج المسألة على قولها في القراض القول قول العامل ان أتى بما يشبه ، ويحتمل تخالفهما في سماع قول الجاعل بأن ادعى العامل أنه سمعه وأتى به لذلك ، وقال ربه لم تسمع وأتيت به بغير سماع فللعامل جعل مثله ، ويحتمل تخالفهما في سعي العامل بأن قال سعيت في رده

وَلِرَبِّهِ ، تَرْكُهُ . وإلاَّ ، فَالنَّفَقَةُ ، وإنْ أفْلَتَ فَجاءَ بِهِ آخَرُ ،

وأنكره ربه ، لكن قال ابن شاس في هذا القول قول المالك ، وقبله ابن عبد السلام وابن عرفة ، ونص ابن شاس واذا أنكر المالك سعي العامل في الرد فالقول قول المالك .

(و) إن جاء شخص بالآبق أو الشارد قبل التزام ربه الجعل فـ (لربه تركه) أي الآبق لمن جاء به فلا مقال له ، ظاهره ولو كانت قيمته أقل من جعل مثله . طفي هذا التقرير صواب موافق قول ابن الحاجب ، فلو أحضره قبل القول وعادته التكسب به فله جعل مثله بقدر تعبه ، ولربه تركه ، ولا شيء له ، وان لم يكن ذلك عادته فله نفقته فقط ا هـ ، وفيها قيل هل لمن وجد آبقا خارج المصر أو في المصر جعل ان طلبه ، قال الإمام مالك «رض» فيه ولم يذكر خارج المصر ولا داخله ان كان شأنه يطلب الضوال لذلك ويردها فله الجعل بقدر بعد الموضع الذي أخذه فيه وقربه . وان لم يكن ذلك شأنه إنما وجده فأخذه فلا جعل له ، وله نفقته . ابن عرفة أراد الا أن يدعه ربه فلا نفقة عليه ا هـ ، الا أنه على هذا التقرير في كلام المصنف حذف كما علمت من كلام ابن الحاجب ، فلو أتى به ورتب عليه ولربه تركه كما فعل ابن الحاجب لأجاد . وقول عج ولربه تركه راجع لقوله ولمن لم يسمع جعل مثله فيه نظر ، اذ لم أر من قال هنا له تركه ، وانما قالوا له جعل مثله فحسب . سمع عيسى ابن القاسم من جعل في عبد أبق له عشرة دنانير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل فان كان يأتي بالإباق فله جعل مثله ، والا فلا شيء له الا نفقته ا هـ ، فلم يذكر فيه أن له تركه ولا ابن رشد حين تكلم على هذا السماع .

(وإلا) أي وان لم يكن الآتي بالآبق الذي لم يسمع قول الجاعل معتاداً طلب الإباق (فالنفقة) التي أنفقها الآتي بالآبق عليه واجبة له على ربه . الإمام مالك « رض » وان لم يكن شأنه ذلك انما وجده فأخذه فلا جعل له وله نفقته . ابن عرفة يريد الا أن يدعه ربه فلا نفقة (وان أفلت) بضم الهمز وفتحه وسكون الفاء وكسر اللام وفتح الهمز واللام لازم على هذا ومتعد على الأول ، كحديث اذا أخذه لم يفلته أي أبق الآبق ممن وجده وأخذه ليأتي به لربه (فجاء به) أي الآبق لربه شخص (آخر) بمد الهمز وفتح

فَلِكُـلٌّ نِسْبَتُهُ ، وإِنْ جاءَ بِهِ ذُو دِرْهَمٍ وذُو أَقَلُّ . اشْتَرَكا فِيهِ . ولِكِلَيْهِما ٱلْفَسْخُ . ولَزِمَتِ الجاعِلَ بِالشُّرُوعِ .

الخاء المعجمة أي غير الأول قبل رجوعه لمكانه الأول (فلكل) من العاملين (نسبته) أي عمل كل لمجموع عمليهما ، أي مثلها من المسمى ، فان استوى العملان فلكل نصفه وان كان عمل أحدهما ثلثين فله ثلثاه ، فان أتى به الثاني بعد عوده لمكانه الأول فالجعل كله للثاني ولا شيء منه للأول .

اللخمي سمع عيسى ابن القاسم من جعل جعلا لرجل على آبق فانقلب بـه ثم أفلت فأخذه آخر وأتى به ، فان أفلت بعيداً من مكان سيده فكل الجعل للثاني ، ولا شيء منه للاول ، وإن أفلت قريباً منه فالجعل بينهما على قـدر شخوص كل منهما . ابن رشد هذا بين لأن المجعول له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت بالقرب .

" (وإن جاء به) أي الآبق لربه (ذو) أي صاحب (درهم) جعله له ربه على مجيئه به (وذو أقل) من درهم كذلك (اشتركا) أي العاملان (فيه) أي الدرهم وهو الأكثر بنسبة كل جعل من الدرهم والأقل لمجموعهما ، فلذي الدرهم ثلثاه ، ولذي النصف ثلثه . فيهـا للإمام مالك «رض» من جعل لرجلين في عبد أبق منه جعلين مختلفين لواحد إن أتى به عشرة ولآخر ان أتى به خمسة فأتيا به جميعاً ، فالعشرة بينهما على الثلث والثلثين . ابن يونس لأن جعل أحدهما مثلا جعل الآخر . وقال ابن نافع فيها لكل واحد منها نصف جعله ورجحه التونسي واللخمي .

(ولكليهما) أي الجاعل والمجعول له (الفسخ) لعقد الجعالة قبل شروع المجعول له في العمل ، لأنه جائز على المشهور . وقيل لازم لهما . وقيل للمجعول له فقط (ولزمت) الجعالة (الجاعل بالشروع) من العامل في العمل . ومفهوم الجاعل أنها لا تلزم المجعول له به ، وهو كذلك على المشهور . في المستخرجة ليس للجاعل أن يفسخ اذا شرع المجعول له به . الأبهري وله الترك قبل الشروع . ابن يونس هذا هو الصواب . الإمام مالك «رض» الجعل يدعه العامل متى شاء ولا شيء له .

وفي الفاسدِ . جُعلُ المِثلِ . إلّا بجُعلٍ مُطلقاً فأجرتُه .

(وفي) الجعل (الفاسد جعل المثل) ان تم عمله رداً لــــه لصحيح نفسه ، فان لم يتم العمل فلا شيء له . وقيل له أجر مثله سواء تم العمل أم لا رداً له لصحيح أصله ، وهي الإجارة . واستثنى من الفاسدة فقال (إلا) الفاسد (بـ) جعل (جعل) للعامل جعلاً (مطلقاً) عن التقييد بتمام العمل ، بأن قال له إن أتيت بالآبق فلك دينار ، وإن لم تأت به فلك نصف دينار (فأجرته) أي مثل العامل في مثل العمل على أظهر الأقوال عند ابن رشد. ابن عرفة في رد فاسد الجعل لحكم نفسه فيجب جعل مثله إن تم عمله وإلا فلا شيء له أو للإجارة ، فتجب أجرة مثله فيما حمــــل ثالثها للأول في بعض المسائل ، وللثاني في بعض كالثلاثة في القراض .

«غ» أشار الى أظهر الأقوال عند ابن رشد وذلك أنه قال في سماع ابن القاسم من جاعل في آبق له فقال ان وجدته فلك كذا ، وإن لم تجده فلك طعامك و كسوتك ، قال لا خير فيه . ابن القاسم ان وقع فله جعل مثله ان وجده ، وان لم يجده فلك طعامك و كسوتك ، قال لا خير فيه . ابن القاسم ان وقع فلة جعل مثله ان وجده ، وان لم يجــــده فله أجر مثله . أصبغ ابن القاسم لا أجرة له . ابن رشد اختلف في الجعل الفاسد اذا وقع على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه يرد الى حكم نفسه ، فيكون له جعل مثله ان أتى به ولا شيء له ان لم يأت به ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم هذه . والثاني أنه يرد الى حـــكم غيره وهي الإجارة التي هي الأصل فله أجر مثله أتى به أو لم يأت بـــه . والثالث أنه ان كان لم يخيبه ان لم يأت به كنحو هذه المسألة التي قال فيها ان لم تجده فلك نفقتك ، وان وجدته فلك كذا و كذا فله اجارة مثله ان أتي به أو لم يأت به ، وان كان لم يسم شيئاً الا في الاتيان به فله جعل مثله ان أتى به ، وان لم يأت به فلا شيء له .

فوجه الأول أن الجعل أصل في نفسه ، ووجه الثاني أنه إجارة بغرر جوزتها السنة ، ووجه الثالث أنه انما يكون جعلاً انما جعل له على الإتيان خاصة ، فاذا جعل له في الوجهين فليس بجعل وان سماه جعلا . وانما هي اجارة ، وهذا أظهر الأقوال ، وإياه اختار ابن حبيب ،

وحكاه عن الإمام مالك ومطرف وابن الماجشون «رض» ، وهذه الثلاثة راجعة لأصل ، وجارية على قياس بخلاف قول ابن القاسم في هذه الرواية له جعل مثله ان وجده وأجر مثله ان لم يجده .

(تنبيهـــات)

الأول في النوادر انما يجوز الجعل على طلب آبق يجهل مكانه ، وأما من وجده آبقاً أو ضالاً أو ثياباً فلا يجوز له أخذ الجعل على رده، ولا على أن يدل على مكانه اذ ذلك واجب عليه ، فاما من وجده بعد جعل ربه فيه جعلاً فله الجعل علم بـــا جعل فيه أو لم يعلم ما تكلف طلب هذه الأشياء أو لم يتكلفه .

الثاني : المتيطي القابسي لا يصلح الجعل على حفر بئر أو عين في ملك الجاعل وقالـه الجم الغفير بعض الموثقين ، وهو أحسن . وأجاز الامام مالك رضي الله تعالى عنه الجعل على الغرس في ملكه، وعقد ابن العطار وثيقة في حفر بئر وطيها بالصخر في ملك الجاعل. واشترط الصخر على المجعول لـه. ابن عرفة فدخله أمران الجعل في أرض الجاعل واجتماع الجعل والبيع .

الثالث : ابن عرفة والعمل فيه أى الجعل لا يشترط فيه علم متعسره، بخلاف متيسره إذ كل المذهب جوازه على الآبق مع جهلهما ناحيتيه، بخلافه على استخراج الماء من الأرض. ففي المعونة يجوز بعد معرفة بعد ماء الأرض وقربه وشدتها ولينها ، فإن لم يعرف فـلا يجوز لأنه لا تدعو ضرورة اليه ، وهو نص نقل ابن فتوح عن المذهب . وقول المقدمـات ليس من شرطه كون العمل معلوماً ، بل يجوز فيه المجهول ظاهره عدم شرط خبرة الأرض وهو ظاهر ثاني مسألة في رسم أخذ يشرب خمراً من سمـاع ابن القاسم . وقوله في المسألة الرابعة من أول رسم سماع أصبغ ابن الحاجب العمل كعمل الاجـارة إلا أنه لا يشترط كونه معلوماً، فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة . ابن عبد السلام كلامه يوهم العموم في كل عمل الجعالة وليس كذلك ، إذ مذهب المدونة لا يجوز الجعل على حفر البئر إلا بعد خبرتهما الأرض معاً ، وشرط في العتبية استواء حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال

﴿ باب ﴾

مَواتُ الأَرْضِ. ما سَلِمَ عَنِ الإِخْتِصاصِ

الأرض ، ثم قال عن ابن رشد طلب الآبق لا يجوز الجعل فيه إلا باستوائهما في الجهل بمحله ومن علمه منهما دون صاحبه فهو غار له ، فإن كان المجعول له في الآبق أو الضالة عالماً بمحله دون الجاعل ، فله إمضاء الجعل ورده ، فإن لم يعلم ذلك حتى جاء به فله الأقل من قيمة عنائه لذلك الموضع والمسمى ، ثم قال ولو كان الجاعل هو الكاتم موضع العبد أو الضالة فله الأكثر من قيمة عنائه أو المسمى .

الرابع : إذا كان الآبق في موضع بعيد ونفقته تستغرق الجعل فليرفع المجعول له أمره للقاضي ليبيعه ويحكم بجعله ، فإن جاء به فليس له غير الجعل الذى جعل له من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل .

(باب)

في بيان الموات واحيائه وما يتعلق به

(موات) بفتح الميم ويقال له أيضاً موتان بفتح الميم والواو وميتة . وأما بضم الميم والموتان بضمها فهما الموت الذريع ، أي حقيقة موات (الأرض ما) أى أرض جنس شمل كل أرض (سلم) جرده من تاء التأنيث مراعاة للفظ ما ، أى خلا (عن الاختصاص) أى كونه مختصاً بأحد ، فصل مخرج غير الموات . ابن عرفة إحياء الموات لقب لتعمير دائر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها وموات الأرض . قال ابن رشد روى ابن غانم موات الأرض هي لا نبات بها ، لقوله تعالى ﴿ وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الأرض بعد موتها ﴾ « فاطر » فلا يصح الاحياء إلا في البور . ثم قال ابن عرفة ابن الحاجب الموات الأرض المنفكة عن الاختصاص فتبع مع ابن شاس الغزالي ، وتركا رواية ابن غانم ، وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه .

بِعِمَارَةٍ ،

طفي هذا التعريف للغزالي ارتكبه ابن شاس وابن الحاجب ، وتبعهما المصنف مع أنه مخالف لاصطلاح أهـل المذهب ، وذلك أنهم فسروا الموات بالسالم عن الاختصاص والاختصاص يكون بأسباب لا تكون الأرض غير موات إلا باستيفائها . ابن شاس الموات الأرض المنفكة عن الاختصاص ، والاختصاص أنواع ، ثم ذكر الأنواع التي ذكرهـا المصنف فاقتضى كلامه أن حريم العمارة لا يسمى مواتاً ، وهو يخالف قولـه حين تكلم على الإحياء الموات قسمان قريب من العمران وبعيد ، فالقريب يفتقر إحياؤه لإذن الإمام لوقوع التشاح فيه ، بخلاف البعيد ، وهو ما خرج عما يحتـاجه أهل العمارة من محتطب ومرعى الخ ، وكذا كل أهل المذهب يطلقون على الحريم مواتاً قريبـاً كان أو بعيداً ، فأعجب من هؤلاء الأئمة كيف ارتكبوا هذا الحد ولم يتنبهوا أنه مناقض لكلام أهـل المذهب ، بل لكلامهم ، فالصواب في تعريف الموات على اصطلاح أهل المذهب ما لم يعمر من الأرض كما قال عياض وصاحب اللباب ، والحياة ما عمرت ، والإحياء التعمير .

البناني وفي التوضيح إشارة إلى نحو هذا الإيراد عند تقسيم الموات إلى قريب وبعيد ، ويمكن الجواب عن المصنف بحمل قوله بعمارة من تمام التعريف ، فيخرج به كل ما وقـع فيه الاختصاص بغير العمارة كالحريم والحمى وما أقطعه الإمـام ، ويكون قوله ولو اندرست الخ مبالغة على ما فهم من أن المعمر ليس بموات ، ويقدر لقوله وبحريمها عامـل يناسبه والله أعلم .

قوله فيخرج به كذا في نسخة البناني التي بيدي ، وصوابـه يدخل ، إذ المقصود إدخال الحريم والحمى والمقطع في الموات ، ولأن قيد القيد للادخـال كما هو معلوم . الحط وبدأ المصنف رحمه الله تعالى بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعـاً قدمه وضعاً ، وإما لأن حقيقة الموات واحدة والاحياء يكون بأمور كل منها مضاد الموات ، فاحتاج إلى ذكره أولا ليذكر أضداده بعده .

وصلة الاختصاص (بعمارة) بكسر العين المهملة ، أي تعمير ، فالأرض المعمرة ليست

وَلَوِ انْدَرَسَتْ ، إِلَّا لِإِحْيَاءٍ .

مواتاً إن بقيت العمارة ، بل (ولو اندرست) أي فنيت العمارة وعادت الأرض لما كانت عليه قبل تعميرها فلا يزول اختصاص محييها عنها في كل حال (إلا لإحياء) من شخص آخر بعد طول اندراس عمارة الأول ، فيزول اختصاص الأول ويختص الثاني بها ، فيهامن أحيا أرضاً ميتة ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت أشجارها وتهدمت آبارهـا وعادت كأول مرة ثم أحياها غيره فهي لمحييها آخراً . ابن يونس قياساً على الصيد إذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه ثم صاده آخر فهو للثاني .

قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه هذا إذا أحيا في غير أصل كان له ، فأمـا من ملك أرضاً بخطة أو شراء ثم أسلمها فهي له وليس لأحد أن يحييها . الباجي من اشترى أرضاً ثم اندرست فلا يرتفع ملكه عنها باندراسها اتفاقاً . ابن رشد إنما يكون الثاني أحق بها إذا طالت المدة بعد اندراسها وعودها لحالها الأول . وأما إن أحياها الثـاني بحدثان اندراسها وعودها لحالها الأول ، فإن كان جاهلاً بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة ، وإن كان عالماً به فليس له إلا قيمتها منقوضة بعد يمين الأول إن تركه إياها لم يكن إسلاماً لها ، وأنه كان ناوياً إعادتها . الحط ينبغي أن يقيد بعدم علم أول عمارة الثاني وسكوته وإلا كان سكوته دليلاً على إسلامه إياها ، والله أعلم .

البناني حاصل ما أشار اليه المصنف على ما يفيده نقله في توضيحه عن البيان أن العمارة تارة تكون ناشئة عن إحياء ، وتارة عن ملك ، ويحصل الاختصاص بها إذا لم تندرس في القسمين ، فإن اندرست فإن كانت عن ملك كإرث أو هبة أو شراء فالاختصاص باق اتفاقاً خلاف ما يفيده ، ولو من قوله ولو اندرست وإن كانت عن إحياء فهل الاختصاص باق أو لا قولان ، وعلى الثاني درج المصنف ، ولكنه مقيد بطول زمن الاندراس ، هذا هـو الحق في تقرير كلام المصنف ، فقوله بعمارة أي سواء كانت عن ملك أو إحياء ، وقوله ولو اندرست لدفع التوهم فقط لا للاشارة للخلاف ، فلو عبر بأن كان أوفـق باصطلاحه ، واللام في قوله لإحياء بمعنى عن ، أي إلا العمارة الناشئة عن إحياء فاندراسها يخرجها عن

ملك محييها ، وبهذا يوافق كلامه كلام ابن الحاجب وضيح .

ابن الحاجب والاختصاص على وجوه ، الأول : العمارة ولو اندرست ، فان كانت عمارة إحياء فاندرست فقولان . قال في ضيح مراده عمارة ملك لمقابلتها بقوله فان كانت عمارة إحياء فقولان أحدهما أن اندراسها يخرجها عن ملك محييها فيجوز لغيره أن يحييها وهو قول ابن القاسم. والثاني : لسحنون أنها للأول وإن أعمرها غيره حكاه عنه صاحب البيان وغيره، وحكى عنه ثالث إن كانت قريباً من العمران ، فالأول أولى بها وإن كانت بعيداً ، فالثاني أولى بها قال ، وقوله عندي صحيح على معنى ما في المدونة إن ما قرب لا يحيى إلا بقطعه من الإمام فكأنه صار ملكاً ، وسأل ابن عبدوس سحنونَ هل تشبه هذه مسألة الصيد فقال لا . الباجي والفرق أن الصيد لو ابتاعه ثم ند واستوحش كان لمن صاده ، ولا خلاف أن من اشترى أرضاً فتبورت فأحياها غـيره إنها لمشتريها ، ثم قال واعترض على المصنف بأن قوله أولا العمارة مستغنى عنـه ، لأن مجرد الملك كاف في الاختصاص لا يفتقر لعمارة ، وأجيب بأنه لعله ذكره ليقسم العمارة اه ، وكذا يقال في كلام المصنف هنا ، والله أعلم .

(و)يكون الاختصاص أيضاً (بحريها) أي بسبب كون الأرض حريماً للعمارة . ابن شاس النوع الثاني من الاختصاص أن تكون حريم عمارة فيختص بها صاحب العمارة،ولا يملك إلا بإحياء ولا يحيى إلا باذن الإمام إن قرب من العمارة كما سيأتي ، ولما كان حريم العمارة يختلف باختلافها بينه بقوله (كمحتطب) بضم الميم وفتح الطاء المهملة ، أي موضع قطع الحطب المحتاج اليه للخبز والطبخ ونحوهما (ومرعى)بفتح الميم والعين المهملةوسكون الراء أي موضع رعي الدواب (يلحق) بضم التحتية وسكون اللام وفتح الحاء المهملة ، أي يصل من خرج من البلد للاحتطاب أو الرعي المحتطب والمرعى (غدوا) بضم الغين المعجمة والدال المهمله وشد الواو ، أي قبل زوال يومه .

(و)يرجع منه للبلد (رواحاً) بفتح الراء ، أي قبل مغيب شمس يومـه بحيث ينتفع

لِبَلَد . وما لاَ يُضَيِّقُ عَلىَ وارِد . ولاَ يَضُرُّ بِما لِبِئْر .

به في طبخ العشاء ونحوه ، ويحطب الدواب فيه وما لا يلحق كذلك ، فليس حريماً وهذا بالنسبة (لبلد) أنشئت بموات . ابن شاس حريم البلد ما كان قريباً منها بحيث تلحقه مواشيها بالرعي في غدوها ورواحها وهو لهم مسرح ومحتطب فهو حريمها ، وليس لأحد احياؤه . ابن عرفة ابن رشد ابن حبيب الشعراء المجاورة القرى أو المتوسطة بينها لا يقطع الإمام شيئاً منها ، لأنها ليست كالعفا من الأرض التي هو لعامة المسلمين، انما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور ، وانما العفا ما بعد وتعقب فضل قوله ليس للامـــام أن يقطع شيئاً من الشعراء ، فقال وأين يقطع الإمام الا فيما قرب من العمران ، وهذا لا يلزم لأنه أراد الشعراء القريبة جداً ، لأن اقطاعها ضرر في قطع مرافقهم التي يختصون بها لقربهم ابن رشد القريب من العمران قسمان القريب الذي في احيائه ضرر كالأفنية التي أخذ شيء منها ضرر بالطريق وشبهه لا يجوز احياؤه بحال ، ولا يبيحه الإمام ونحوه نقل الباجي عن ابن القاسم ينظر فيما قرب ، فان كان فيـــه على أهل القرية ضرر في مسرح أو محتطب منع .

(و) كـ(ما) بالقصر ، أي قدر من الأرض (لا يضيق) مـــا يحدث فيه من بناء أو غيره بضم التحتية الأولى وفتح الضاد المعجمة وكسر الثانية مثقلا فقاف (على وارد) البئر من الدواب (ولا يضر بماء) بالمد بتنشيف أو تنقيص. «غ» كذا هو في النسخ بنفي الفعلين وفي المدونة روايتان ما لا يضر وما يضر . عياض كلاهما صواب فما يضر هو حريمها وما لا يضر هو حد حريمها. ابن يونس وأما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة ، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ أبلها ولا مرابض مواشيها عند ورودها ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر بئراً أو يبنى في ذلك الحريم وهذا حريم (البئر) سواء كانت لسقي زرع أو ماشية أو غيرهما عياض حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث بها ما يضر بها لا باطناً من حفر بئر ينقص ماءها أو يذهبه أو يغيره بطرح نجاسة فيه يصل اليها وسخها ولا ظاهراً كالبناء والغرس .

وَمَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِنَخْلَةٍ . وَمَطْرَحِ تُراب . وَمَصَبٌّ مِيزاب لِدار . وَلاَ تَخْتَصُّ مَحْفُوفَــــةٌ بِأَمْلاَكٍ . وَلِكُلٍّ . الإِنْتِفَاعُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالآخَرِ .

(و) ك(ما) بالقصر ، أي قدر من الأرض (فيه مصلحة) بفتح الميم واللام وسكون الصاد المهملة ، أي منفعة حريم بالنسبة (لنخلة) ابن يونس سأل ابن غانم مالكاً رضي الله تعالى عنهما عن حريم النخلة ، فقال قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ، ويترك ما أضر بها ويسأل عنه أهل العلم به ، وقد قالوا من اثنى عشر ذراعاً من نواحيها كلها الى عشرة أذرع ، وذلك حسن ، وسئل عن الكرم أيضاً فقال يسأل عنه وعن كل شجرة أهل العلم به فلكل شجرة بقدر مصلحتها .

(و) ك(مطرح) بفتح الميم والراء وسكون الطاء المهملة واهمال الحاء ،أي موضع طرح (تراب و) ك(مصب) بفتح الميم والصاد المهملة وشد الموحدة ، أي موضع ماء مصبوب من (ميزاب) بكسر الميم وسكون التحتية فزاي ثم موحدة أي آلة مجوفة تجعل في طرف سطح الدار ينزل منها الماء المجتمع عليه من المطر ونحوه وهذا حريم (لدار) منشأة في موات ابن شاس حريم الدار المحفوفة بالموات ما يرتفق به من مطرح تراب ومصب ميزاب. ابن عرفة هذا الحكم في هذه الصورة لم أعرفه لأحد من أهل المذهب بحال انما هو للغزالي لكن مسائل المذهب تدل على صحة هذا .

(ولا تختص) دار (محفوفة) بفتح الميم وسكون الحاء المهملة وضم الفاء الأولى ، أي محوطة (بأملاك) دور أو غيرها بحريم (ولكل) من اصحاب الأملاك التي بينها ساحة (الانتفاع) بها وضع متاع أو تراب أو ربط دابة (ما لم يضر) بغيره من أصحاب الأملاك الذين لهم حق فيها . ابن شاس وابن الحاجب لكل الانتفاع بملكه وحريمه . ابن عرفة في تسوية الانتفاع بملكه وحريمه بمجرد عطفه عليه نظر ، لأن مسمى حريمه المغاير لمسمى ملكه لعطفه عليه انما يصدق على الفناء وليس انتفاعه به كانتفاعه بملكه ، إذ يجوز كراء ملكه

مطلقاً . وأما فناؤه ففي سماع ابن القاسم مالكاً رضي الله تعالى عنهما لأرباب الأفنية التي انتفاعهم بها لا يضر بالمارة أن يكروها .

ابن رشد كل ما للرجل أن ينتفع به فله أن يكريه . ابن عرفة هذه كلية غير صادقة لأن بعض ما للرجل أن ينتفع به لا يجوز له أن يكريه ، كجلد الاضحية وبيت المدرسة للطالب ونحوه، وفناء الدار هو ما بين يدي بنائها فاضلاً عن الطريق المعد للمرور وغالباً كان بين يدي بابها أو غيره . وكان بعض شيوخنا يشير إلى أنه الكائن بين يدي بابها وليس كذلك ، لقولها في كتاب القسم وإن قسما داراً على أن يأخذ كل واحد طائفة . فمن صارت له الاجنحة في حظه فهي له ولا تعد من الفناء وإن كانت في هواء الافنية وفناء الدار لهم أجمعين الانتفاع به نقله « غ » ، قال لفوائده وأما المناقشة فأمرها سهل .

ويكون الاختصاص (بـ) سبب (إقطاع) بكسر الهمز وسكون القاف أي إعطاء من الإمام أرضاً مواتاً . ابن شاس النوع الآخر من أنواع الاختصاص الإقطاع فإذا أقطع الإمام رجلاً أرضاً كانت ملكاً له ، وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئاً يبيع ويهب ويتصرف ويورث عنه ، وليس هو من الإحياء بسبيل ، وإنما هو تمليك مجرد ، روى يحيى عن ابن القاسم سواء كانت في المهامه والفيافي أو قريبة من العمران .

(ولا يقطع) بضم التحتية وسكون القاف وكسر الطاء المهملة ، أي لا يعطي الإمام مكاناً (معمور) أرض (العنوة) بفتح العين المهملة وسكون النون، أي القهر والغلبة والجهاد ، أي الأرض المعمورة ، أي الصالحة لزراعة الحبوب المفتوحة بالجهاد حال كونها (ملكاً) أي مملوكة لمن أقطعت هي له ، لأنها وقفت بمجرد فتحها ، ويقطعها لمن ينتفع بها حياته أو مدة محدودة وبعدها يرجع حكمها للإمام كما كانت قبل الإقطاع .

فيها لا يجوز شراء ارض مصر ولا تقطع لأحد ، قال غير واحد لأنهـا فتحت عنوة .
ابن رشد الإقطاع في البراري والمعمور إلا معمور أرض العنوة التي حكمها كونها موقوفة
ابن عرفة أراد إقطاع تمليك ، وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز قاله الطرطوشي وغيره

وَيِحِمَى إمام مُحتاجاً إلَيْهِ . قَلَّ مِنْ بَلَد عفـا . لِكَغَزْوٍ ،

وقد أقطع النبي ﷺ أرضا بها نخل من أموال بني النضير ، وأقطع عمر رضي الله تعالى عنه الناس العقيق اجمع .

(و) يكون الاختصاص (بحمى) بكسر الحاء المهمله وفتح الميم مقصوراً ، أي حماية ومنع (إمام) بكسر الهمز من أئمة المسلمين مكانا (محتاجا) اليه لمنفعة عامه المسلمين (قل) بفتح القاف واللام مثقلا المكان المحمي وفضل عن حاجة أهله (من بلد) أي أرض (عفا) بفتح العين المهملة ، أي خلا عن الغرس والبناء والزرع، وصلة محتاجا (ل)دواب (كغزو) وصدقة روى الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع وقال لا حمى إلا لله ولرسوله بالنون ، وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب حمى العقيق لخيل المسلمين ترعى فيه عبد الحق هذا أصح أحاديث الحمى وهو الذي يدل عليه .

ابن عرفة لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة عتيقة من الباجي وأحكام عبد الحق بالنون قبل القاف ، وذكره البكري بالباء قبل القاف وكذا وجدته في نسخة صحيحة عتيقة من النوادر ، وهو مقتضى نقل اللغويين وأطال ابن عرفة الكلام فانظره وانظر الحطاب[1] فقد نقل كلام ابن عرفة ،وأتبعه بكلام طويل .

---

(١) (قوله وانظر الحطاب) قال يعنى أن الوجه الرابع من أوجه الاختصاص الحمى بكسر الحاء المهملة والقصر ، أي المكان الذي يمنع رعيه ليتوفر كلأه بالهمز بلا مد المرعى رطبا أو يابساً ، والخلا بالقصر الرطب ، والحشيش العشب اليابس . عياض وابن حجرمد السمرقندي والعذري الحمى خطأ ، وأصله عند العرب أن رئيسهم إذا نزل منزلاً خصباً استعوى كلبا على مكان عال ، فحيث ينتهي صوته اليه حماه من كل جانب ، فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه . والحمى الشرعي أن يحمي الامام موضعاً لا يضيق به على الناس للحاجة العامة كالخيل للغزو وماشية الصدقة .

اللخمي باربعة شروط الأول : أن يكون الحامي الامام ، أي أو نائبه . الثاني : أن يكون لمصلحة المسلمين كخيل وإبل الجهاد،وماشية الصدقة . الثالث : أن يكون قليلا ←

ابن شاس النوع الآخر من أنواع الاختصاص الحمى . الباجي وهو أن يحمي موضعاً

← لا يضيق على الناس بأن يكون فاضلاً عن منافعهم. الرابع: خلوه من الغرس والبناء .

سحنون الحمى إنما يكون في بلاد الأعراب العفا التي لا غرس فيها ولا بناء في أطرافها حتى لا يضيق على ساكن، وفي الأودية العافية التي لا تسكن فاضلاً عن منافع أهلها من المسارح والمرعى ، وقد أفاد المصنف الشروط الأربعة بقوله إمام محتاج إليه قل من بلد عفا لكغزو .

(تنبيهات)

الأول : أصل الحمى ما في صحيح البخاري أن الصعب بن جثامة رضي الله تعالى عنه قال إن رسول الله ﷺ قال لا حمى إلا لله ولرسوله ، قال وبلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع وان عمر رضي الله تعالى عنه حمى الشرفة والربذة ، ثم قال وفي روايــة أبي داود عن الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ قال لا حمى إلا لله ولرسوله . ابن شهاب بلغني أن رسول الله ﷺ حمى النقيع . أبو داود عن الصعب بن جثـامة أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وقال لا حمى إلا لله .

الثاني : اقتصر عبد الحق في الأحكام على رواية أبي داود الثانية ، وزاد فيها ولرسوله فقال روى أبو داود عن الصعب ابن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع ، وقال لا حمى إلا لله ولرسوله . وقال علي بن عبد العزيز في منتخبه حمى النقيع لخيــل المسلمين ترعى فيه ثم ذكر حديثين آخرين ، ثم قال وأصح هــذه الاحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذي يعول عليه ، ثم قال الخامس في النهاية معنى لا حمى إلا لله ولرسوله أنه ﷺ نهى عن ما فعلته الجاهلية ، أي لا يحمى إلا لخيل الجهاد وابله ، وفي حاشية السيوطي على صحيح البخاري الشافعي يحتمل معنيين أحدهما لا حمى إلا ما حماه ﷺ ، والثــاني لا حمى إلا مثل ما حماه رسول الله ﷺ ، فعلى الاول ليس لأحد من الولاة أن يحمي بعده ، وعلى الثاني يختص بمن قام مقامه من الخلفاء ، ثم قال السادس . ابن عرفة لفــظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي والأحكام عبد الحق بالنون قبل القاف ←

لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك كماشية الصدقة والخيل التي يحمل عليها

← وذكره البكري بالباء قبل القاف ، وكذا وجدته في نسخة صحيحة من النوادر وهو مقتضى قول اللغويين .

الجوهري في حرف الباء والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شق ، وبه سمي بقيع الفرقد وهو مقبرة المدينة ومثله في مختصر العين وابن سيده وزاد والفرقد شجر له شوك نبت هناك فذهب وبقي اسمه لازماً لموضعه ، ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم ، وقال الباجي هذا الحمى هو النقيع بالنون ولم يتكلم عياض في مشارقه على هذه الكلمة ، لانها ليست في الموطأ والصحيحين . الشيخ روى ابن وهب أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وهو قدر ثمانية أميال ، ثم زاد فيها الولاة اهـ .

الحط كأنه لم يقف على ما ذكره عياض في المشارق في آخر حرف الباء ، لما ذكر أسماء المواضع ونصه بقيع الغرقد الذي فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف ، وسمي بذلك لشجرات غرقد وهو العوسج كانت فيه ، وكذا بقيع بطحان جاء في الحديث وهو بالباء أيضاً . الخليل البقيع كل موضع فيه شجر شق ، وأما الحمى الذي حماه النبي ﷺ ثم عمر بعده ، وهو الذي يضاف إليه في الحديث غرز النقيع ، وفي الآخر بقدح لبن من النقيع ، وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخاً من المدينة ، وهو صدر وادي العقيق وهو أخصب موضع هناك ، وهو ميل في بريد ، وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب ، فاختلف الرواة وأهل المعرفة في ضبطه فوقع عند أكثر رواة البخاري بالنون .

وكذا قيده النسفي وأبو ذر والقابسي ، وسمعناه في مسلم من أبي بحر بالباء ، وكذا روى عن ابن ماهان وسمعناه من القاضي الشهيد بالنون وبالنون ذكره الهروي والخطابي وغير واحد . الخطابي قد صحفه أصحاب الحديث فرووه بالباء ، وإنما الذي بالباء بقيع المدينة موضع قبورها ، وأما أبو عبيد البكري فقال إنما هو بالباء مثل بقيع الفرقد ، قال ←

الغازين . ابن عرفة قوله كحاشية الصدقة يقوم منه جواز طول تأخير صرف الزكاة إذا كان لترجى مصرفها .

(وافتقر) إحياء الموات (لإذن) من الإمام إن لم يكن المحيى مسلماً ، بل (وإن) كان (مسلماً إن قرب) بفتح فضم الموات من العمران . ابن رشد المشهور في الموات القريب الذى لا ضرر في إحيائه على أحد أنه لا يجوز إحياؤه إلا باذن الإمام . الحط

← ومتى ذكر البقيع بالباء دون إضافة فهو هذا ووقع فيه في كتاب الأصيلي في موضع بالنون والفاء ، وهو تصحيف قبيح ، والأشهر في هذا النون والقاف . والنقيع كل موضع يستنقع الماء به وبه سمى هذا اه .

قوله بقيع بطحان بضم الموحدة وسكون الطاء المهملة فحاء مهملة ، قال في المشارق هكذا رواه المحققون ، وسمعناه من المشايخ . وحكى أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء . البكري لا يجوز غيره وهو واد في المدينة اه . قوله غرز النقيع بفتح الغين المعجمة والراء عقبها زاي . في المشارق هكذا ضبطناه على أبي الحسن وحكى صاحب العين فيه السكون ، قال واحده غرزة مثل تمرة وتمر وبالوجهين وجدته في أصل الحياني في كتاب الخطابي . أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الاطراف يسمى الأسل وتسمى به الرماح ، وتشبه به صاحب العين هو نوع من الثمار .

ثم . قال الحطاب النووى في تهذيب الاسماء واللغات النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر وادى العقيق على نحو عشرين ميلاً من المدينة . الشافعي في مختصر المزني هو بلد ليس بالواسع الذى يضيق على من حوله إذا حمى يعني بالبلد الأرض ، ثم قال والذى حكاه الحافظ . ابن حجر وغيره أنه على عشرين فرسخاً . وفي النوادر عن كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك أن قدره ميل في ثمانية أميال ، ثم زادت فيه الولاة بعد وبقي في الحطاب ثمان تنبيهات لا بأس بها .

وإلاّ فللإمامِ إمضاؤهُ ، أو جعلُهُ مُتَعَدِّياً ، بخلافِ البَعيدِ ،

القريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدواً ورواحاً اه (وإلا) أى وإن لم يأذن الإمام في إحياء القريب وأحيى (فللامام إمضاؤه) أى الاحياء وإبقاؤه ملكاً لمحييه (و) له (جعله) أى المحيى بغير إذنه (متعدياً) فيعطيه قيمة بنائه أو غرسه مقلوعاً ، ويبقيه لبيت المال . الباجي إذا قلنا لا يحيي ما قرب إلا باذن الإمام فأحيى بغير إذنه ، فقال الإمام مالك ومطرف وابن الماجشون رضي الله تعالى عنهم ينظر فيه الإمام ، فإن رأى إنفاذه فعل وإلا أزاله وأعطاه[1] غيره أو باعه للمسلمين ، وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك رضي الله تعالى عنه .

(بخلاف) إحياء الموات (البعيد) من العمران فلا يحتاج لإذن الإمام . ابن رشد حد البعيد من العمران الذى يكون لمن أحياه دون إذن الإمام ما لم ينته اليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى البيت في مواضعهم من العمران إن كان

---

(۱) (قوله وأعطاه) أى المكان المحيا بغير إذنه شخصاً غيره ، أى يحييه لمصلحة المسلمين كقضاء ، ويعطى الاول قيمته منقوضاً . ابن عبد السلام إذا فرعنا على المشهور من أن القريب الذى لا ضرر فيه يفتقر إحياؤه لإذن الإمام ، فإن أحياه أحد بلا إذنه نظر الإمام فيه ، فإن رأى إمضاءه ، أمضاه ، وإن لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه مقلوعاً ورده لبيت المال ، وإن شاء كلفه بهدمه ، وإن شاء أقطعه غيره فيكون له أمر هذا بما كان للامام أمره به اه . وفي التوضيح المشهور ما قاله المصنف وهو قول مالك وابن القاسم أن للامام إمضاءه أو جعله متعدياً فيعطى قيمة بنائه مقلوعاً ، ورأى اللخمي إعطاءه قيمته قائماً للشبهة . وقال الإخوان يخير الإمام بين أربعة أمور إقراره له أو للمسلمين وإعطاء قيمته مقلوعاً أو أمره بقلعه أو إقطاعه لغيره ، وإعطاء الأول قيمته منقوضاً . ابن رشد وهو القياس . وفي موضع آخر هو معنى ما في المدونة اه . الحط ظاهره أن كلام الأخوين خلاف المشهور ، والظاهر أنه تفسير له كما قال ابن عبد السلام ويظهر من كلام ابن رشد .

وَلَو ذِمِّيًا بِغَيْرِ جَزِيرَةِ ٱلْعَرَبِ ،

المحيي مسلماً ، بل (ولو) كان (ذمياً بغير جزيرة العرب) الاخوان مكة والمدينة والحجاز كله والنجود [1] . اللخمي الحجاز والمدينة واليمن . الباجي إن أحيا ذمي ففي المجموعة عن ابن القاسم هي له إلا أن يكون في جزيرة العرب ، لحديث لا يبقين دينان في جزيرة العرب ، وإنما يحيى الذمي فيما بعد . وأما ما قرب من العمران فيخرج عنه ، ويعطى قيمة ما عمر منقوضا لأن ما قرب بمنزلة الفيء والذمي لا حق له في الفيء ولا في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن قاله مطرف وابن الماجشون ، وفيه نظر . ولو قيل إن حكمه في ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما لهم ذلك فيما بعد ، لأنه لو كان كفيء الأرض لم يجز تملكه ولا قسمه ولا بيعه عند الامام مالك رضي الله تعالى عنه وأن لا يحييه عبد ولا مرأة لأنهما ليسا من أهله ، ثم قال في إحياء غير المسلم ما قرب مضرة فلا يأذن فيه الامام .

ابن عرفة هذا خلاف قوله لم يبعد . اللخمي يخرج إن عمر فيما قرب .

ولابن القصار لا يجوز للامام أن يأذن لأهل الذمة في الإحياء غير مفرق بين قريب وبعيد . قلت ففي جوازه له مطلقاً ومنعه مطلقاً . ثالثها فيما بعد لقول الباجي لو قيل حكم

---

(١) (قوله النجود) بضم النون والجيم وإهمال الدال جمع نجد. في القاموس النجد ما أشرف من الأرض جمعه أنجد وإنجاد ونجود ونجد، وجمع النجود نجدة والطريق الواضح المرتفع وما خالف الغور إلى تهامة وتضم جيمه مذكر أعلاه تهامة واليمن، وأسفله العراق والشام، وأوله من جهة الحجاز ذات عرق اه . وفي المصباح النجد ما ارتفع من الأرض وجمعه نجود مثل فلس وفلوس ، وبالواحد سمي بلاد معروفة من جزيرة العرب أولها من ناحية الحجاز ذات عرق وآخرها سواد العراق ، فلذا قيل ليست من الحجاز . وفي التهذيب كل ما وراء الخندق الذي حفره كسرى على سواد العراق فهو نجد إلى أن تميل الحرة فأنت في الحجاز اه . وفي القاموس ونجد مريع ونجد خال ونجد عفر ونجد كبكب مواضع ، ونجد العقاب بدمشق ونجد الود ببلاد هذيل ، ونجد برق باليمامة ونجدة أجاجيل أسود لطي ونجد الشرى عين ا ﻫ .

وَالْإِحْيَاءُ بِتَفْجِيرِ مَــاءٍ وَبِإِخْرَاجِهِ ، وَبِبِنَاءٍ ، وَبِغَرْسٍ ، وَبِحَرْثٍ ، وَتَحْرِيكِ أَرْضٍ ، وَبِقَطْعِ شَجَرٍ ، وَبِكَسْرِ حَجَرِهَا وَتَسْوِيَتِهَا ،

الذمي حكم المسلم فيما قرب لم يبعد . وقول ابن القصار والمشهور وعـزا ابن شاس الأول لابن القاسم لقوله قال ابن القاسم الذمي كالمسلم لعموم الخبر إلا في جزيرة العرب . وقال بعد نقله قول ابن القصار . قال ابن حبيب عن الأخوين إن عمر فيما بعد فذلك له ، وفيما قرب يخرج ولو كان بإذن الإمام ، لأنه فيء وتبع ابن الحاجب ابن شاس .

طفي درج المصنف على أن الذمي كالمسلم في إحياء القريب والبعيد ، مـع أن ابن عبد السلام قال هذا لم يوجد منصوصاً عليه للمتقدمين إلا أن الباجي ركن اليه وقبله في التوضيح على أن الباجي بعد ركونه اليه أتى بما يناقضه ،فقال وفي إحياء غير المسلم ما قرب مضرة فلا يأذن فيه الإمام ، فقال ابن عرفـة هذا خلاف قوله لو قيل حكمهم كالمسلمين لم يبعد ، والقول بإحياء الذمي في البعيد دون القريب هو المنصوص عليـــه للمتقدمين ، كما قال ابن عبد السلام والمصنف في توضيحه ، وصرح ابن عرفة بأنه المشهور ، فعلى المصنف المؤاخذة في التسوية المذكورة ، لكن العذر له ، أن ابن شاس صدر بها وعزاها لابن القاسم ، ونصه وأما إن أحيا الذمي فقال ابن القاسم يملك كالمسلم ، وقال القاضي أبو الحسن ليس للذمي إحياء الموات في أرض الإسلام ، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن عمر فيما بعد فذلك له ، وأما ما قرب من العمران ولو أنه بإذن الإمام فإنه يعطى قيمة مـــا عمر وينزع منه اه ، وتبعه ابن الحاجب والله أعلم .

(والإحياء) يكون (بتفجير ماء) بالمد من الأرض بحفر بئر أو فتق عين في مـوات (وبإخراجه) أي الماء عن الأرض الموات المغمورة به (وببناء) في المـــوات (وبغرس) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء لشجر في الموات (وبحرث) للموات (وبتحريك أرض) موات بغير الحرث (وبقطع شجر) لا ثمر له من الأرض الموات (وبكسر حجرها وتسويتها) أي الأرض الموات . الباجي أما صفة الإحياء فقال مالك « رض » في المجموعـــة إحياء

لاَ بِتَحْوِيطٍ وَرَعْيِ كَلَإٍ ، وَحَفْرِ بِئْرِ مَاشِيَةٍ ، وَجَازَ بِمَسْجِدٍ سُكْنَى لِرَجُلٍ تَجَرَّدَ لِلْعِبَادَةِ ، وَعَقْدُ نِكَاحٍ ، وَقَضَاءُ دَيْنٍ ،

الأرض أن يحفر فيها بئراً أو يجري عيناً أو يغرس شجراً أو يبني أو يحرث ما فعل من ذلك فهو إحياء ، وقاله ابن القاسم وأشهب . عياض اتفق على سبعة تفجير الماء وإخراجه عن غامرها به والبناء والغرس والحرث ، ومثله تحريك الأرض بالحفر وقطع شجرها ، وسابعها كسر حجرها وتسوية حروفها وتعديل أرضها .

(لا) يحصل الإحياء (بتحويط) على الموات بنحو حجارة . ابن القاسم في المجموعة وغيرها وليس التحجير إحياء أشهب من حجر أرضاً مواتاً بعيدة فلا يكون أولى بها حتى يعلم أنه حجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة ليمكنه العمل بيبس الأرض أو إخلاء الأجراء ونحوه ، فأما من حجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمل (و) لا بـ(رعي كلأ) بالقصر مهموزاً ، أي خلا نبت بها بنفسه . منها ابن القاسم وأشهب لا يكون الرعي إحياء . الباجي وجهه أنه ليس له أثر باق في الأرض (و) لا بـ(حفر بئر ماشية) الباجي ليس حفر بئر الماشية إحياء قاله ابن القاسم ، ابن عاشر معناه ليس إحياء للموات الذي هو به .

(وجاز بمسجد) صلة (سكنى) بضم السين وسكون الكاف مقصوراً (رجل) لا امرأة ولو عجوزاً (تجرد) بفتحات مثقلاً ، أي تخلى الرجل (للعبادة) كصلاة وتلاوة قرآن وتعلم علم وتعليمه فإن لم يتجرد لها فلا تجوز ، لأنه إخراج له عما بني له . ابن شاس لا ينبغي أن يتخذ المسجد سكناً إلا رجل تجرد للعبادة ، فيه بقيام الليل وإحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه فيه دائم دهره إن قوي على ذلك ، وتبعه ابن الحاجب في التوضيح ، الظاهر أن ينبغي هاهنا للوجوب ، لأن السكنى في المسجد على غير التجرد للعبادة ممتنعة ، لأنه تغيير له عما حبس له ، وعلى ولي الأمر هدم المقاصير التي اتخذت في بعض الجوامع للسكنى .

(و) جاز (عقد نكاح) بمسجد واستحسنه جماعة (و) جاز (قضاء دين) بمسجد . سمع ابن القاسم خفة كتب ذكر الحق به ما لم يطل ، وجواز قضاء الحق على غير وجه

التجر والصرف ، لأنه معروف ، بخلاف البيع والصرف . الطرطوشي في كتاب البدع أراد بالقضاء المعتاد الذي فيه يسير العمل وقليل المين ، وأما قضاء المال الجسيم المحتاج للوزن والنقد وكثرة العمل فانه مكروه ، قال الإمام مالك «رض» وينهى السؤال عن السؤال في المسجد ولا تحرم الصدقة عليهم فيه . ابن عبد الحكم من سأل فلا يعطى وأمر بحرمانهم وردهم خائبين في الرسالة يكره العمل في المساجد . ابن ناجي ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء .

عياض بعض شيوخنا إنما يمنع في المساجد من عمل الصناعات ما يختص بنفعه آحاد الناس مما يتكسب به فأ إن كان يشمل المسلمين في دينهم مثل المثاقفة وإصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة للمسجد في عمله فيه فلا بأس به. الطرطوشي في كتاب البدع لم أر لمالك «رض» شيئاً في كتابة المصاحف في المسجد ، فأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فالظاهر جوازه والله أعلم . في الذخيرة يجعل الماء العذب في المسجد ، وكان في مسجد النبي ﷺ .

(و)جاز (قتل عقرب) ونحوها بمسجد (و)جاز (نوم بقائلة) في مسجد لمقيم أو مسافر . ابن شاس خفف في القائلة والنوم فيها نهاراً للمقيم والمسافر (و)جاز (تضييف) بالفاء ، أي إنزال الضيف وإطعامه (بمسجد بادية) سمع ابن القاسم يجوز تعليق الإقناء بكل مسجد لضيافة من أتى يريد الإسلام . ابن القاسم لم ير مالك « رض » بأساً بأكل الرطب الذي يجعل في المساجد . ابن رشد في هذا ما يدل على أن الغرباء الذين لا يجدون مأوى يجوز لهم أن يأووا إلى المساجد ويبيتوا فيها ويأكلوا فيها ما أشبه التمر من الطعام الجاف ، وقد خفف مالك «رض» في سماع ابن القاسم للضيفان المبيت والأكل في مساجد القرى ، لان الباني لها للصلاة فيها علم أن الضيفان سيبيتون فيها لضرورتهم إلى ذلك ، فصار كأنه قد بناها لذلك وإن كان أصل بنائه لها إنما هو للصلاة فيها ، ويجوز لمن لا منزل له أن يبيت في المسجد .

وإناءٌ لِبَوْلٍ : إنْ خافَ سَبُعاً : كَمَنْزِلٍ تَحْتَهُ ، ومُنِعَ عَكْسُهُ :
كإخراجِ رِيحٍ ، ومُكْثٍ بِنَجِسٍ ،

(و)جاز أن يتخذ (إناء) بكسر أوله ممدوداً ، أي وعاء (لبول) فيه ليلا بمسجد (إن خاف) البائت فيه (سبقاً) للبول منه قبل خروجه من المسجد ، وفي بعض النسخ بعين مهملة بدل القاف .

ابن عرفة فتوى ابن رشد بسعة إدخال من لا غنى عن مبيته بالمسجد من سدنته لحراسته ومن اضطر للمبيت به من شيخ ضعيف وزمن ومريض ورجل لا يستطيع الخروج ليلا للمطر والريح والظلمة ظروفاً للبول بها ، فيها نظر ، لأن ما يحرس اتخاذه بها غير واجب وصونها عن ظروف البول واجب ، ولا يدخل في نفل بمعصية . الحطاب ابن العربي الغريب إذا لم يجد أين يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها من اللصوص .

وشبه في الجواز فقال (ك)اتخاذ (منزل تحته) أي المسجد فيجوز (ومنع) بضم فكسر (عكسه) أي اتخاذ منزل فوق المسجد . فيها للامام مالك « رض » من بنى مسجداً أو بنى فوقه بيتاً فلا يعجبني لأنه يصير مسكناً يجامع فيه ويأكل . قال مالك «رض» وجائز أن يكون البيت تحت المسجد ويورث البنيان الذي تحت المسجد ولا يورث المسجد إذا كان صاحبه قد أباحه للناس . ابن رشد لا خلاف أن لظهر المسجد من الحرمة ما للمسجد ، ولا يورث المسجد ولا البنيان الذي فوقه ويورث البنيان الذي تحته . واختلف في صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء ، وتصح إن فعلت أو لا تصح وتعاد أبداً ، والله أعلم ، وقد سبق الكلام على هذه المسألة في باب الإجارة عند قوله وسكنى فوقه بما فيه الكفاية .

وشبه في المنع فقال (كإخراج ريح) من دبر بمسجد فيمنع وإن لم يكن به أحد لحرمته وأذية الملائكة. ابن رشد لا يحدث بالمسجد حدث الريح (و) ك(مكث) في المسجد (بنجس) غير معفو عنه قليل. ابن عرفة في وجوب خروج من رأى بثوبه كثير دم منه ولو كان في صلاة وتركه بين يديه ساتراً نجاسته ببعه نقلا اللخمي عن ابن شعبان وغيره .

ابن القاسم لا بأس بوضوء طاهر الأعضاء بصحن المسجد ، وتركه أحب إلى ابن رشد قول سحنون لا يجوز أحسن لقول الله تعالى ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ ٣٦ النور ، فوجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيهـــا من غسالة الأعضاء من أوساخ والتمضمض والاستنشاق ، وقد يحتاج للصلاة بذلك الموضع آخر فيتأذى بالماء المهراق فيه ، وقد روى أن رسول الله ﷺ قال اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم ، وقـد كره الإمام مالك «رض» الوضوء بالمسجد وإن جعله في طست ، وذكر أن هشاماً فعله فأنكر الناس ذلك عليه ، أراد لقمان بن يوسف من أصحاب سحنون وكان حافظ المذهب مفتياً ثقة صالحاً غسل رجليه في يوم مطير في جامع تونس فأنكر إنسان عليه ، فقال لقمان كان عطاء بن أبي رباح رضي الله تعالى عنه يتوضأ في المسجد الحرام ، وهذا يمنعني أن أغسل رجلي في جامع تونس .

وروى الشيخ يكره السواك بالمسجد فيها ولا يأخذ المعتكف به من شعره وأظفاره وإن جمعه وألقاه خارجه ، الحطاب بمنع المكث بالنجس في المسجد صدر ابن شعبان ، وفي مختصر ما ليس في المختصر يجب على من رأى بثوبه دماً كثيراً في الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه ، وقيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطى الدم ، القلشاني وعليها الخلاف في إدخال النعل الذي لحقته نجاسة في محفظة أو ملفوفة في خرقة كثيفة ، الجزولي دخول المسجد بالثوب النجس مكروه ، وكذلك نعلاه إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجـد حتى يحكهما ، ولا يغسلهما فإنه يفسدهما اهـ» فما ذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف ، وأما ما ذكره بعده فظاهر لا ينبغي أن يكون فيه خلاف ، والله أعلم .

(وكره) بضم فكسر (أن يبصق بأرضه) أي على أرض المسجد (وحكه) أي مع حكه فهو من تمام التصوير ، أي البصاق . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا يبصق أحد في حصير المسجـــد ويدلكه برجله ولا بأس أن يبصق تحت الحصير . ابن القاسم وكذلك إن كان المسجد غير محصب فلا يبصق تحت قدمه ويحكه برجله بمنزلة الحصير

الإمام مالك إن المسجد محصباً فلا بأس أن يبصق بين يديه وعن يساره وتحت قدمه ويدفنه ، ويكره أن يبصق أمامه في حائط القبلة ، وإن كان عن يمينه رجل وعن يساره رجل في الصلاة بصق أمامه ودفنه ، وإن كان لا يقدر على دفنه فلا يبصق في المسجد بحال كان مع الناس أو وحده لقوله ﷺ إذا صلى أحدكم فلا يبصق في القبلة بين يديه ولا عن يمينه ولكن عن شماله ، فان لم يجد فليبصق في ثوبه ، وقال ﷺ إن أحدكم إذا قام إلى الصلاة فإنما يناجي ربه وان ربه بينه وبين قبلته فليبصق إذا بصق عن يساره أو تحت قدمه . أبو عمر في هذا الحديث دليل على أن المصلي أن يبصق وهو في الصلاة إذا لم يبصق قبل وجهه ولا عن يمينه .

(و) كره (تعليم صبي) بمسجد . ابن عرفة أما تعليم الصبيان في المسجد فروى ابن القاسم إن بلغ الصبي مبلغ الأدب فلا بأس أن يؤتى به المسجد وإن كان صغيراً لا يقر فيه ويعبث فلا أحب ذلك ، وروى سحنون لا يجوز تعليمهم فيه لأنهم لايتحفظون من النجاسة ، وهذا هو الصحيح (و) كره (بيع وشراء) بمسجد . روى الحافظ أبو عمر عن رسول الله ﷺ قال إذا رأيتم الرجل يبيع ويشتري في المسجد فقولوا له لا أربح الله تجارتك، وإذا رأيتم الرجل ينشد ضالته في المسجد فقولوا له لا ردها الله عليك ، وروى ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنهما لا بأس أن يقضي الرجل الرجل في المسجد ذهباً ، الباجي لعله يريد قضاء اليسير .

وفي المبسوط قال الإمام مالك «رض» لا أحب لأحد أن يظهر سلعته في المسجد للبيع فأما أن يساوم رجلاً بثوب عليه أو بسلعة تقدمت رؤيته لها فيوجب بيعها ، فلا بأس به . الجزولي لا يجوز البيع في المسجد ولا الشراء ، واختلف إذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد بيعها في المسجد أم لا قولان من غير سمسار ، وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق، فإن باع في المسجد فقال ابن بطال الإجماع على أنه لا يفسخ وأنه ماض .

(و) كره (سل سيف) بمسجد . ابن رشد لا تسل بالمسجد سيوف ، وروى ابن حبيب

لا يمر في المسجد بلحم ولا ينقر فيه النبل وتمنع المقاتلة فيه . ابن حبيب يعني بتنقير النبل إدارتها على الظفر ليعلم مستقيمها من معوجها ، وأنا أكره القرارة التي أحدثت عنـــدنا بمسجد قرطبة كراهة شديدة (و) كره (إنشاد)بكسر الهمز ، أي تعريف وطلب دابـة (ضالة) بمسجد لحديث إذا رأيتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا له لا ردهـا الله عليك ، بعضهم ونشدها أي طلب ربها من وجدها ، والنهي مقيد برفع الصوت . الطرطوشي في كتاب البدع لو لم يرفع بذلك صوته وسأل عنها جلساءه غير رافع صوته فلا بأس به ، لأنه من حسن الحادثة وهو غير ممنوع اه .

الحط أراد غير مكروه كما يفهم من كلامه فلا بأس بـه ، القرطبي في شرح مسلم في قوله مر عمر بحسان «رض» ينشد شعراً في المسجد فلحظ اليه ، أي أومأ الية بعينه إن أسكت ، هذا يدل على أن عمر «رض» كره إنشاد الشعر في المسجد وبنى رحبة خارجه ، وقال من أراد أن يلغط أو ينشد شعراً فليخرج إلى هذه الرحبة ، وقـد اختلف في ذلك بالمنع مطلقاً والإجازة مطلقاً ، والأولى التفصيل ، فما اشتمل على الثناء على الله تعالى وعلى رسوله والذب عنهما كشعر حسان ، أو تضمن حثاً على خير فهو حسن في المساجد وغيرها ، وما لم يكن كذلك فلا يجوز لأنه لا يخلو عن الكذب والفواحش والتزين بالباطل غالباً ، ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهدر والمساجد تنزه عن ذلك لقوله تعالى﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه ﴾ ٣٦ النور ، ولقوله ﷺ إن هذه المساجد لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن اه ، نقله الحط .

طفي في الاستدلال بالحديث لكـلام المصنف نظر ، لأن إنشاد مصدر أنشد الرباعي وهو تعريفها ونشد الثلاثي وهو طلبها ، كما يؤخذ من كلام ابن غازي ، ففي الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشداناً طلبتها وأنشدتها أي عرفتها اه ، ومثله لابن الأثير في نهايته ، هذا هو المعروف المألوف ، ومنه قوله ﷺ في لقطة مكة لا تحل لقطتها إلا لمنشد ، أي معرف ، وقوله ﷺ لرجل طلب ضالة في المسجد أيها الناشد غيرك الواجـد تأديباً له ،

لكن في القاموس إن نشد وأنشد يقالان للطلب والتعريف ، وإنهما من أسماء الأضداد ، ونصه نشد الضالة نشداً ونشدانا ونشدة بكسرهما طلبها ، وعرفها ثم قال وأنشد الضالة عرفها واسترشد عما ضل اهـ ، وعليه فلفظ المصنف صالح للمعنيين .

(و) كره (هتف) بفتح الهاء وسكون الفوقية ففاء،أي صياح في الأخبار (بـ)موت (ميت) بمسجد أو بابه ، وأما ما يفعله النذير بمصر وزعقات المؤذنين فمن النعي المنهي عنه قاله تت (و) كره (رفع صوت) بعلم أو غيره بمسجد إلا للتبليغ . الباجي ابن مسلمة رفع الصوت في المسجد ممنوع إلا ما لا بد منه كالجهر بالقراءة في الصلاة والخطبة والخصومة من الجماعة عند السلطان ، فلا بأس به، ولا بد لهم منه ، وإنما يكون في القراءة على وجه مخصوص كجهر الإمام بالقراءة والمتنفل بالليل وحده.وأما جهر بعضهم على بعض فممنوع . ابن عطية في تفسير قوله تعالى ﴿ لا ترفعوا أصواتكم ﴾ الآية ٢ الحجرات كره العلماء رفع الصوت عند قبره ﷺ وبحضرة العالم وفي المساجد وفي هذه كلها آثار ، وفي قوله ﴿ لا تقدموا ﴾ الآية ٢ الحجرات ابن أبي أوفى أي التقدم عليه في المشي ، وكذا بين يدي العلماء لأنهم ورثة الأنبياء .

وشبه في الكراهة فقال (كرفعه) أي الصوت (بعلم) فوق ما يحتاج اليه للإسماع فيكره في مسجد وغيره في المبسوط ، ابن القاسم رأيت مالكا «رض» يعيب على أصحابه رفع أصواتهم في المسجد . ابن حبيب يكره رفع الصوت بالمسجد والهتف بالميت به ، وكل ما يرفع به الصوت حق بالعلم فقد كنت رأيت بمدينة رسول الله ﷺ أميرها ، يقف بابن الماجشون في مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل مجلسه في العلم ، فيقول له يا أبا مروان اخفض من صوتك،وامر جلساءك يخفضون أصواتهم ، والمشهور كراهة رفع الصوت بالعلم في كل موضع صرح به في التوضيح ، ولما ذكر المصنف هذه المكروهات قال في التوضيح ينبغي أن تكون الكراهة هنا على المنع،وتبع ابن الحاجب هنا في التعبير بالكراهة فينبغي حملها على المنع كما قال في توضيحه .

وَوَقِيدُ نارٍ ، ودُخولُ كخَيْلٍ لِنَقْلٍ ، وفَرْشٌ أو مُتَّكَأٌ ، ولِذِي
مَأجَلٍ ، وبِئْرٍ ، ومِرْسالِ مَطَرٍ . كماءٍ يَمْلِكُهُ مَنْعُهُ وبَيْعُهُ ،

(و) كره (وقيد نار) بمسجد ولو بالقناديل المستغنى عنها قاله البساطي . ابن وهب لا توقد نار في المسجد (و) كره (دخول كخيل) وبغال وحمير مما فضلته نجسة (لنقل) الشيء إلى المسجد أو منه ولم يحرم للضرورة ، وأما ما فضلته طاهرة كالإبل والبقر فدخوله لنقل جائز . ابن عرفة روى الشيخ أكره إدخال المسجد الخيل والبغال لنقل ما يحتاج اليه من مصالحه ولينقل على إبل أو بقر . وفي سماع أشهب أن الإمام مالكاً رضي الله تعالى عنه وسع في دخول النصارى المسجد ليبنوا بـه . قال وليدخلوا من جهة عملهم .

(و) كره (فرش) في المسجد لشيء يترفه به كبسط وسجادات يجلس عليهـا ، لأنه ينافي الخشوع المطلوب فيـه ومخالف لسنة السلف الصالح من تتريب المسجد أو تحصيبه (و) كره (متكأ) بضم الميم وفتـح الفوقية مثقلة مهموزاً مقصوراً ، أي شيء يتكأ عليه بمسجد لذلك كوسادة . روى ابن حبيب عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس أن يتوقى برد الأرض والحصا بالحصير والمصليات في المسجد، وكره أن يجلس فيه على فراش أو يتكأ فيه على وسادة . الباجي أراد لأن ذلك ينافي التواضع المشروع في المساجد .

(ولذي) أي صاحب (ماجل) بفتح الميم والجيم وقيل كسرها وبضم الميم وفتح الجيم بينهما همز ساكن أي مخزن ماء كصهريج (و) لذي (بئر في ملكه و) لذي (مرسال) بكسر الميم وسكون الراء ، أي محل اجتماع (مطر) وشبه في الجواز فقال (ك) بيع (ماء يملكه) في إنائه ومبتدأ لذي ماجل الخ (منعه) أي مـاء الماجل والبئر والمرسال والمملوك في آنية من غيره (وله بيعه) أي ماء المذكورات على المشهور . وقال يحيى بن يحيى في العتبية أربع لا تمنع الماء والنار والحطب والكلأ .

ورد بمنع بيع هذه الأربعة حديث ضعيف . ابن فرحون قيد ابن رشد هذا الخلاف

بما إذا كانت في أرضه ولا ضرر عليه في دخولها للاستقاء . وأما البئر التي في حائط الرجل أو داره قد حظر عليها ، فله المنع من الدخول اليها ، والمراد بالحطب والكلأ الذي في غير منزله ، بل في الفحص . وفي المقدمات حمل جماعة من العلماء قوله ﷺ لا يمنع نقع ولا رهو ماء على عمومه وهو قول يحيى بن يحيى ، وتأوله مالك «رض» على من خيف عليه الهلاك اه ، ورهو الماء مجتمعه قاله في النهاية . ابن عرفة الأظهر أنه لا خلاف في أن رب الماء المستخرج يحفر في أرضه أحق بـه كالماء الذي في آنيته ، وهو ظاهر قول عياض في الإكمال، ونقل الباجي واللخمي وإيام تبع ابن شاس وابن الحاجب وأخذ ابن رشد خلافه من قول يحيى بن يحيى المتقدم وأتباعه . ابن عبد السلام وابن هرون يرد باحتمال حمله على المياه في الأرض المملوكة بنزول مطر أو تفجر فيها دون تسبب فيه بحفر ونحوه ولذا قارنه بالنار والحطب والكلأ .

واستثنى من متعلق قوله له منعه فقال (إلا من) أي إنساناً (خيف عليه) الهلاك أو المرض الخطر (و) الحال (لاثمن) للماء المحتاج له (معه) أي من خيف عليه فيحرم على ذي الماء منعه ، ويجب عليه أن يعطيه الفاضل من الماء مجاناً لوجوب مواساته . ابن رشد ما كان من الماء في أرض متملكة، سواء كان مستنبطاً مثل بئر يحضرها أو عين يستخرجها أو غير مستنبط غديراً أو غير ذلك فهو أحق به ، ويحل له بيعه ، ومنع الناس منه إلا بثمن إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ، ويخاف عليهم الهلاك إن منعهم فحق عليـــه أن لا يمنعهم ، فإن منعهم فعليهم مجاهدته ، هذا قوله في المدونة لأنه لم يحمل نهيه عليه الصلاة والسلام عن منع نقع البئر على عمومه ، بل تأوله على ما تقدم إلا أنه يستحب له أن لا يمنع الشرب من العين أو الغدير يكون في أرضه من أحد من الناس من غير حكم عليه به، وله في واجب الحكم أن يمنع ماءه إذا شاء ويبيعه إذا شاء . ابن عرفة والماء في إناء ربه يختص به ويتعلق به حكم المواساة .

(والأرجح) عند ابن يونس من الخلاف أخذه (بالثمن) «غ» يريد إن كان معه ثمن كأنه رأى أن ذكر الثمن يدل على أن الفرض مع وجوده ، طفي لأنه ترجيح ابن يونس

كفضلِ بئرِ زرعٍ خِيفَ على زرعِ جارِهِ بهدمِ بئرِهِ ، وأخذَ يُصلِحُ ، وأُجبِرَ عليهِ ؛

أخذه بالثمن إن كان معه، ولا يتبع به ديناً وهو الموافق لقول المصنف في باب الصيد وله الثمن إن وجد. ونص ابن يونس واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما يقدر عليه ، فيجب على أصحاب المياه بيعها من المسافرين بما تساوى ، ولا يشططوا عليهم في ثمنها . ولم ير في المدونة أن يأخذوها بغير ثمن ، وقاله في الذي انهارت بئره انه يسقى بماء جاره بغير ثمن . وروي عن مالك إنه يرجع عليه بالثمن . ابن يونس وإحياء نفسه أعظم من أحياء زرعه، والأولى في كلا الأمرين أن يأخذ ذلك بالثمن كما لو مات جمله في الصحراء لكان على بقية الرفقاء أن يكروا منه ، وإن كان المسافرون لا ثمن معهم وجبت مواساتهم للخوف عليهم ولا يتبعوا بالثمن ، وإن كان لهم أموال ببلدهم لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة لوجوب مواساتهم اهـ .

«غ» زاد أبو اسحق التونسي إلا أن يكون أراد في المدونة إن فضل ماء جاره لا ثمن له فلا يقدر على بيعه ، فيصح الجواب ، ويكون هذا الماء الذي باعه للمسافرين له ثمن ، فاختلف الجواب لاختلاف المعنى . وفرق بعضهم بأن المسافرين مختارون بسبب السفر، والذي انهارت بئره ليس بمختار .

وشبه في حرمة المنع ووجوب البذل بالثمن على الأرجح فقال (كفضل) بفتح الفاء وسكون الضاد المعجمة أي زائد ماء (بئر زرع) عن سقي زرع حافره و (خيف على زرع جاره) أي حافر البئر أو نخله الهلاك بالعطش (بـ) سبب (هدم) أي انهدام (بئره) أي الجار أو غور مائه (وأخذ) أي شرع الجار (يصلح) بضم التحتية وكسر اللام بئره، وفهم من قوله بهدم بئره إنه زرع على ماء فيجب على صاحب البئر تمكين جاره من سقي زرعه أو شجره بما فضل عن سقي زرعه ، واختار ابن يونس أن الثمن يلزم الجار إن وجد معه .

(و) إن امتنع صاحب البئر من تمكين جاره من ذلك (أجبر) بضم الهمز وكسر

الموحدة صاحب البئر (عليه) أي تمكين جاره من سقي زرعه أو نخله لفضل ماء بئره ، فإن لم يخف على زرع الجار أو نخله أو كان زرع على غيره ماء أو لم تنهدم بئره أو لم يأخذ في إصلاحها فلا يلزمه تمكينه من ذلك ، ولا يجبر عليه إن امتنع منه . فيها إذا حرث جارك على غير أصل ماء فلك منعه أن يسقى أرضه بفضل مـاء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت . أبو الحسن قالوا هذا إذا كان له ثمن . ابن يونس أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفـع صاحبه بفضله فما الذي يمنع الجـــار أن يبتديء الزرع عليه وذكره أبو اسحق .

ابن رشد من حق من قرب من الماء أن ينتفع بمـــا فضل منه دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمناً باتفاق ، وإن وجد فعلى اختلاف . وأما إن حرث ولارضه بئر فانهارت فخاف على زرعه ، فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن ، وإن لم يكن في مائك فضل فلا شيء له وروى عن مالك «رض» انه يرجع عليه بالثمن واختاره ابن يونس عبد الوهاب ان ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره فلا يلزم جاره بذل الماء له ، لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء .

وشبه في الجبر فقال (كفضل) بفتح الفاء وسكون الضاد المعجمة أي زائد ماء (بئر) سقي (ماشية) حفرت (بصحراء) لا اختصاص لأحد بها فيجب على حافرها دفعـــه لواردها (هدراً) بفتح الهاء والدال المهملة ، أي بلا عوض لأنه ليس مالكاً له فلا يبيعه ولا يهبه ولا يورث إذا مات (إن لم يبين) حين حفره أنه قصد (الملكية) للبئر وما فيها من الماء ، فإن بينها فله منعه وبيعه وهبته وتورث عنه إن مات ، ومن البيان أن يشهد حين حفرها أنها لنفسه خاصة . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن حفر في غـير ملكه بئر الماشية أو شفة فلا يمنع فضلها من أحد وإن منعها حل قتاله ويغرم دية من منعه ومات عطشاً . وسمع ابن القاسم والقرينان لا تباع مياه المواشي ولا تمنع من أحد ولا يصلح فيها عطاء . ابن رشد مياه المواشي هي الآبار والمواجل والجباب يصنعها الرجل في البراري للماشية فهو أحق بما يحتاج لماشيته ويدع الفضل للناس والبئر والماجل والجب عند الإمام

وَبُدِىءَ بِمُسافِرٍ وَلَهُ عارِيَةُ آلَةٍ ، ثُمَّ حاضِرٍ ، ثُمَّ دابَّةِ رَبِّها بِجَمِيعِ الرِّيِّ ،

مالك «رض» سواء ،فلو أشهد عند حفرها أنه يحفرها لنفسه فلا يمنع من بيع مائها واستحقها مالكها بالإحياء .

(و) إذا اجتمع على فضل مـاء بئر الماشية بصحراء عن سقي أهله وري جميعهم مستحقون وهو يكفيهم (بدىء) بضم فكسر (بـ) سقي ذات (مسافر) على سقي حاضر ، أي مقيم ببلد الماء (وله) أي المسافر على الحاضر ، سواء كان صاحب الماء أو غيره (عارية) أي إعارة (آلة) للماء كحبل ودلو وحوض يستعين بها على إخراج المـاء من البئر والإنتفاع به . ابن عرفة لابن السبيل عارية الدلو والرشاء والحوض إن لم تكن له أداة يعينه بها ويخلى بينه وبين الركية فيسقى . ابن عبد السلام ظاهر إطلاقات أهل المذهب وجوب عارية الآلة للملىء والفقير ، ولعله لأن مالكها لم يتخذها للكراء . ابن عرفة مقتضاه لو اتخذها مالكها للكراء فلا تجب عليه عاريتها للمسافر ، ومقتضى الرواية خلافه لأنه ظاهر تعليل وجوب عاريتها باضطرار المسافر بمحل هو مظنة عدم اتخاذ الآلة للكراء ، فلا ينتقض ذلك بندور اتخاذها له فيه حسب ما تقرر في التعليل بالمظنة .

(ثم) يبدأ بدأ إضافياً أيضاً بشخص (حاضر) أى مقيم في بلد الماء غير صاحبه (ثم) يبدأ بسقى (دابة ربها) أي البئر التي هو راكبها ثم دابة المسافر ثم دابة الحاضر ثم ماشية ربها ثم ماشية الحاضر وكل من قدم (فـ) يقدم (بجميع الري) بفتح الراء وكسرها مصدر روى بكسر الواو له . ابن رشد وجه التبدئة في الشرب من مـاء بئر الماشية إذا اجتمع أهل البئر والمارة وسائر الناس إذا كان الماء يقوم بالجميع أن يبدأ أولا بأهل الماء ، فيأخذوا لأنفسهم حتى يرووا ، ثم المارة حتى يرووا، ثم سائر الناس حتى يرووا، ثم دواب أهل الماء حتى يرووا، ثم دواب المسافرين حتى يرووا ، ثم دواب سائر الناس حتى يرووا ، ثم مواشي أهـل الماء حتى يرووا ، ثم مواشي المسافر حتى يرووا ، ثم الفضل لسائر مواشي الناس .

الخرشي ثم مواشي ربه ، ثم مواشي المسافر ، ثم مواشي الحاضر، ولم يصرح المصنف

بالمسافر والحاضر اكتفاء بما ذكر في أربابها وسكوته فيها عن ماشية المسافر ، اعتذروا عنه بأن الغالب أن المسافر لا ماشيه له ، وأخرت مواشي المسافر عن دابته لعله لأن الدابة لا تذكى إذا خيف موتها بخلاف الماشية . العدوي فيه أنه قدمت دابة المسافر على دابة غيره لاستعجاله فيفيد أن ماشيته تكون مع دابته ولا تؤخر عنها كما هو الوجه ، فما قاله الخرشي تبعاً لغيره من تأخير مواشي المسافر عن دابته، وانها بعد ماشية أهل الماء فيه نظر .

(وإلا) أي وإن لم يكن الماء كافياً لجميع الحاضرين عنده(ف) يبدأ (بنفس) الشخص (المجهود) أي الذي اشتد عطشه وخيف هلاكه آدمياً كان أو غيره « غ » راجع لفضل ماء بئر ماشية ، أي وإن لم يكن فضل بدء بنفس المجهود ، ويحتمل أن يكون راجعاً لقوله فيجمع الرى أي وإن لم يكن في الفضل ري الجميع . ابن رشد في المقدمات فأما إن لم يكن في الماء فضل وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين فإنه يبدأ بانفسهم ودوابهم من كان الجهد عليه اكثر بتبدئة صاحبه ، فإن استووا في الجهد تواسوا . هذا مذهب أشهب . وذهب ابن لبابة أنهم إذا تساووا في الجهد فأهل الماء أحق بالتبدئةلأنفسهمودوابهم، وأما إن قل الماء وخيف على بعضهم بتبدئة بعض الهلاك فإنه يبدأ أهل الماء فيأخذون لأنفسهم بقدر ما يذهب عنهم الخوف ، فإن فضل فضل أخذ المسافر لنفسه بقدر ما يذهب الخوف عنه ، فان فضل فضل أخذ أهل الماء لدوابهم بقدر ما يذهب عنها الخوف ، فإن فضل فضل أخذ المسافر لدوابه بقدر ما يذهب الخوف عنها ، ولا اختلاف عندي في هذا الوجه .

طفي الاحتمالان راجعان لشيء واحد إلا أن الثاني امس بكلام المصنف ، لأنه فرض الكلام في الفضل عن أهل البئر ، ولذا قال وبديء بمسافر والائمة فرضوا الكلام فيمن يقدم في الماء ابتداء ، ثم رتبوا عليه إذا لم يكن فيه كفاية . ابن عرفة ما حفر في الفيافي والطرق من المواجل كمواجل طرق المغرب . كره مالك «رض» بيع مائها ولم يره حراماً بيناً ، وهي مثل آبار الماشية في المهامه ، وكره بيع أصل بئر الماشية أو مائها أو فضلها

حفرت في جاهلية أو إسلام قربت من العمران أو بعدت ، وأهلها أحق بمائها حتى يرووا وما فضل بين الناس بالسواء إلا من مر بهم لسقيهم ودوابهم فلا يمنعون ولما ذكر الباجي قولها في المواجل ، قال وروى ابن نافع في جباب البادية التي للماشية نحوه، قيل لهفالجباب التي تجعل لماء السماء ، قال ذلك أبعد ، وقال المغيرة له منع ذلك وليس كالبئر ، وروى ابن القاسم في المجموعة لا تورث بئر الماشية ولا توهب ولا تباع وإن احتاج. أرادلاتورث على معنى الملك ولاحظ فيها لزوجة ولا زوج قاله ابن الماجشون .

ابن حبيب قال جميع أصحابنا ورووا حافرها وورثته أحق بحاجتهم من مائها . ابن الماجشون لا إرث في بئر الماشية بمعنى الملك ، ومن استغنى منهم عن حقه فليس له أن يعطيه أحداً، وسائر أهل البئر أولى منه ، وممن غاب وسئل أشهب عن الوصية فقال قال مالك « رض » لا تباع ولا تورث بمعنى لا تنفذ فيها الوصية وظاهر المدونة أن المنع من بيعها على الكراهة ، وفي الجعل والإجارة لا أرى بيعها حراماً . وظاهر المجموعة خلاف ذلك ، لقول مالك فيها لا يجوز بيع بئر الماشية وهو قول القاضي ، وعلله أشهب بأن ما يشتريه مجهول ، لأنه إنما يشتري من مائها ما يرويه وهو مجهود ، ولو كان لذلك لجاز أن تورث أو توهب ، لأن الجهالة لا تمنعها . وقال ابن القاسم لا تباع لأن للناس فيها منافع .

الباجي وعندي أن الكراهة إذا حفره على معنى انفراده به، وإن حفره بحكم الإباحة لفضله وجب حمله على التحريم ، وحكم التبدئة فيه . قال ابن الماجشون إن كانت لهم سنة بتقدم المال الكثير أو قوم على قوم أو كبير على صغير خلوا عليها وإلا استهموا . وروى ابن وهب لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية ، وكان يكتب على من احتفر بئراً إن أول من يشرب منها ابن السبيل . ابن القاسم لا يمنع منها ابن السبيل بعد ري أهلها ، فإن منعوه فلا يكون عليه دية جراحهم لحديث لا يمنع نقع بئر ، ولو منعوا المسافرين حتى ماتوا عطشاً فدياتهم على عواقل المانعين وعلى كل رجل كفارة عن كل نفس مع وجيع الأدب ، ولأشهب في المجموعة لابن السبيل أن يشرب ويسقي دوابه من فضل الآبار

والمواجل ، إلا أن لا يكون فضل ، واضطرت دوابهم اليه ومسافة ماء آخر بعيدة فيكون ذلك أسوة بينهم إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر ، فيكون السفر أولى به في أنفسهم ودوابهم.

وكتب عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه في الآبار بين مكة والمدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام ابن السبيل أول من يشرب بها وهو حسن لاضطراره اليه ويتزود منه ، وليس لأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم وجمام بئرهم ، وسمع القرينان لاتباع مياه المواشي إنما يشرب بها أهلها ويشرب بها أبناء السبيل ، ولا تمنع من أحد ولا يصلح فيها عطاء .

ابن رشد مياه المواشي هي الآبار والمواجل والجباب يصنعها الرجل في البراري للماشية هو أحق بها يحتاج ويدع الفضل للناس ، وليس مراده في السماع تساوي أهل الماء وغيرهم فيه انما أراد أنه يشرب أهلها ثم يشرب ابن السبيل قالوا وفيه للترتيب لا للتشريك فإن تشاح أهل البئر في التبدئة بديء الأقرب إلى حافرها ، فالأقرب قلت ماشيته أو كثرت فإن استووا في القرب اليه استهموا هذا عندي إن استوى فعددهم من حافرها والأقدم الأقرب اليه ، فالاقرب . وقال اللخمي أرى أن يقسم بينهم ، فإن كانت غنم أحدهما مائة وغنم الآخر مائتين والماء إنما يكفي مائة قسم بينهما نصفين ، وكذا في الزرع ، ثم قال ابن عرفة في البيان إذا اجتمع أهل الماء والمارة والماء يكفيهم بديء بانفس أهل الماء ثم أنفس المارة ثم دوابها ثم مواشي أهل الماء ثم مواشي الناس، وبدأ أشهب بدواب المسافر من قبل دواب أهل الماء وإن لم يكف جميعهم وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين بديء من الجهد عليه أكثر بتبدئة صاحبه ، فإن استووا في الجهد فقيل يتساوون فيه ، وقيل يبدأ أهل الماء لانفسهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم ، فان فضل فضل أخذ المسافرون لأنفسهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم ، فإن فضل فضل أخذ اهل الماء لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم ، فإن فضل فضل أخذ المسافرون لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، ولا خلاف، في هذا الوجه والبئر والماجل والجب عند الإمام مالك «رض» سواء .

وإنْ سالَ مَطَرٌ بِمُباحٍ سُقِيَ ٱلْأَعلَى ، إنْ تَقَدَّمَ لِلكَعْبِ ، وأُمِرَ بِالتَّسْوِيَةِ ، وإلاَّ : فَكَحائِطَيْنِ ،

(وإن سال) أي اجتمع (مطر ب) مكان (مباح) الانتفاع به لكل أحد وبقربه بساتين ومزارع (سقي) بضم فكسر البستان أو المزرع (الأعلى) أي الأقرب للماء قبل سقي غيره (إن تقدم) إحياء الأعلى على إحياء الأسفل أو استويا في الإحياء ، فإن تقدم إحياء الأسفل قدم سقى الأسفل إن خيف هلاكه والأقدم إلا على المتأخر إحياؤه ، ففي المفهوم تفصيل ، فلو قال ان تقدم أو ساوى كان تأخر ما لم يخف هلاك الأسفل لكان أحسن قاله عج ، وهذا على قول سحنون ، ونقل ابن الحاجب تقديم السابق في الاحياء مطلقاً تبعاً لظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ ، وهذا هو الظاهر من عبارة المصنف واحترز بمباح من سيلانه بمكان مملوك فلصاحبه منعه وبيعه كما تقدم ويستحق المقدم في السقي بلوغ الماء فيه (للكعب) من الرجل الواقف فيه ، ثم يرسل للذي يليه جميع الماء قاله ابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب يحبس ما بلغ الكعب في الأعلى ويرسل ما زاد عليه للذي يليه . ابن رشد وهو الأظهر .

(وأمر) بضم فكسر صاحب الأعلى (بالتسوية) لأرضه إن لم تكن مستوية بأن كان بعضها عالياً وبعضها واطياً إن أمكنته التسوية (وإلا) أي وان لم تمكنه التسوية وكان الماء لا يبلغ الكعب في الأعلى إلا وقد بلغ اكثر منه جداً في الأسفل (ف) الأعلى الذي لم تستو أرضه (كحائطين) حائط أعلى وحائط أسفل فيسقى الأعلى وحده للكعب ، ثم يسقي الأسفل ، كذلك روى الإمام مالك «رض» أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومزينب يمسك الأعلى إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الاسفل أبو عمر هما واديان بالمدينة يسيلان بالمطر تنافس أهل المدينة في سيلها .

ابن رشد هذا الحكم في كل ماء غير متملك يجري من قوم إلى قوم دونهم أن من دخل الماء أرضه أولاً فهو أحق بالسقي به حتى يبلغ الماء في أرضه إلى الكعبين ، ثم اختلفهل يرسل جميع الماء إلى الاسفل أو لا يرسل عليه إلا ما زاد على الكعبين ، فقال مطرف وابن

الماجشون وابن وهب يرسل على الاسفل ما زاد على الكعبين . وقال ابن القاسم بل يرسل جميع الماء ولا يحبس شيء منه، والأول أظهر . وكان الخطيب الفخار من أشياخ أشياخنا يفتي بأن الماء الهابط ككنز غير متملك . وفي نوازل ابن لب ماء الأودية غير متملك يسقى به الاعلى فالاعلى ، واتفاق من اتفق ممن درج على ما يخالف هذا الاصل لا يلزم من بعدهم ، وله سعة في فتوى أخرى ، لكن السواقي القديمة تتعلق بها حقوق المنفعتين بمائها وتصير تلك الحقوق مملوكة لهم بطول حيازتهم فلا يسمح لقوم أن يرفعوا ساقية في هذه .

الساقية الباجي إن كان بعض الحائط أعلى من بعض فقال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الماء إلى الكعبين ، فإن تعذرت تسويته سقى كل مكان وحده . ابن عرفة إن أحيا رجل بماء سيل ثم أحيا فوقه غيره وأراد أن ينفرد بالماء ويسقى قبل الاسفل الذي أحيا قبله ، وذلك يبطل عمل الاسفل ويتلف زرعه ، فقال سحنون القديم أولى بالماء ، وقد أطلق ابن الحاجب في قوله إن أحدث إحياء الاعلى فالأقدم أحق ، ونحوه لابن شاس . وتورك ابن عبد السلام على ابن الحاجب في ترك قيد الخوف لكن لم يجزم به ، وقال يحتمل أن لا يرى سحنون الأقدم أولى إذا فقد هذا الشرط ، فجزم عج به غير ظاهر . وكلام ابن عرفة يقتضي إبقاء كلام ابن الحاجب على إطلاقه ، وأنه تبع ظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ ، ثم قال ففي شرط تقدم الأسفل على الأعلى بمجرد تقدم إحيائه على الأعلى أو مع خوف هلاك زرعه ثالثها مع انفراده بالإنتفاع بالماء ، لنقل ابن الحاجب مع ظاهر سماع أصبغ . ابن القاسم وقول سحنون وتفسير أصبغ قول ابن القاسم اهـ ، فجعل قول سحنون خلافاً لا تقييداً قاله طفي .

(وقسم) بضم فكسر الماء الجاري من نحو المطر (ل) حائطين مثلاً (المتقابلين) عليه بأن أحاطا به من جانبيه . سحنون فإن كان الجنانان متقابلين فيما حكمه أن يكون للاعلى فالأعلى قسم الماء بينهما ، وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ، ولما كان مقابلاً بحكم المقابل ، وهذا استويا في زمن الإحياء والاقدم الاسبق فيه

بالأولى من تقديم الاسفل المتقدم فيه أفاده البناني أراد به قول الخرشي وعب،ظاهره ولولم يستويا في زمن الإحياء وهو كذلك كما هو ظاهر النقل ، وهـل يقسم بينهما بالسوية مطلقاً أو بحسب مساحتهما كفدان والآخر نصف فدان ، فللأول الثلثان ، وللثاني الثلث ، توقف فيه الشيخ سالم ومن بعده من الشراح .

وشبه المصنف بمـا سال من المطر في جميع ما تقدم فقال (كالنيل) بكسر النون وسكون التحتية أي نهر مصر ، الباجي ما لا يملك كالسيول والأمطار إن كان طريقه في أرض لا تملك كشعاب الجبال وبطون الأودية مثل مهزور ومزينب يأتي حتى يحاذي مجرى الماء في جانبيه أو أحدهما مزارع وحدائق يسقون بها فحكمه أن يسقي به الأعلى فالأعلى إذا كان إحياؤهم معاً أو إحياء الأعلى قبل وهذا قول الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم ابن نافع وهذا حكم النيل .

(وإن ملك) بضم فكسر المـاء (أولاً) بشد الواو منوناً ، أي ابتداء لأصحاب الحوائط والمزارع باجتماعهم على إجرائه لأرضهم (قسم) بضم فكسر المـاء بينهم على حسب حصصهم فيه كنصف وثلث وسدس ، وصله قسم (بقلد) بكسر القاف وسكون اللام . ابن عرفة ضبطه عياض بكسر القاف وسكون اللام . غير واحد هي القدر التي يقسم بها الماء وهو أكثر المراد هنا ، وكذا جاء مفسراً في بعض نسخ الكتاب . وقال ابن دريد هو الحظ من الماء . وقال ابن قتيبة هو سقي الزرع وقت حاجته .

قلت هو في إستعمال الفقهاء عبارة عن الآلة التي يتوصل بها لإعطاء كل ذي حظ من المـاء حظه من غير نقص ولا زيادة ، وللمتقدمين والمتأخرين في حقيقته أقوال وتعقبات باختلاف مجرى الماء الذي يقسم بمدته لقلته وكثرته وسرعة حركته بالليل وبطئها بالنهار حسبما ذكره عياض وغيره ، والتحقيق فيه عندي أنه إن كان الماء غير متنافس فيه جداً ، فالتقارب فيه كاف بأحد الوجوه المذكورة فيه وإن عز ثمنه انبغى تحقيق ما يحقق به بأن يقسم ماء الليل وحده وماء النهار وحده بالساعات الرملية المحققة .

أو غَيْرِهِ ، وأُقْرِعَ لِلتَّشاحِّ فِي السَّبْقِ ، ولاَ يُمْنَعُ صَيْدُ سَمَكٍ ، وإِنْ مِنْ مِلْكِهِ وَهَلْ فِي أَرْضِ الْعَنْوَةِ فَقَطْ ؟ أو إلاَّ أَنْ يَصِيدَ الْمَالِكَ ؟ تَأْوِيلاَنِ

عياض إذا جعل قسم الليل على حدة والنهار على حده سلم من الاعتراض إلا أن يقال الضرورة دعت إلى هذا وهو غاية المقدور كقسم الدار الواحدة وبعضها جيد البناء وبعضها واه والأرض الواحدة ، وبعضها كريم وبعضها دنيء مع اختلاف الأغراض في ذلك وابتداء زمن الحظ من الماء من حين ابتداء جريه لأرض ذي الحظ ولو بعدت إن كان أصل أراضيهم شركة ثم قسمت بعد شركتهم في الماء ، لأن على ذلك قسمت الأرض حين قسمها وإلا فمن وصوله لأرضه (أو غيره) أي القلد من الآلات التي يتوصل بها لإعطاء كل ذي حق حقه من الماء من غير نقص ولا زيادة ، ثم إن رضي الشركاء بتقديم بعضهم على بعض .

(و) إلا (أقرع) بضم الهمز وكسر الراء بينهم (لـ) إزالة (التشاح) أي التنازع الحاصل بينهم (في السبق) في السقي الباجي يأخذ كل أحد ماءه يصنع به ما يشاء ، فإن تشاجروا في التبدئة استهموا عليها (ولا يمنع) بضم الياء أحد (صيد سمك) من ماء الأوية والأنهار والأراضي التي لم تملك ، لأن الماء والصيد مباحان للسابق اليهما ، بل (وإن) كان الماء الذي فيه السمك في أرض (من ملكه) أي المانع فليس له منعه عند ابن القاسم ، وروايته عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما في الأرض المملوكة لا أرى له منع أحد يصيده فيها إذا كان غدير أو بركة أو بحيرة في أرضك وفيها سمك فلا تمنع من يصيد فيها ممن ليس له فيها حق .

(وهل) عدم المنع منه (في أرض العنوة) أي التي استولى عليها المسلمون بالقهر والقتال (فقط) أي أرض الصلح ، لأن أرض العنوة وقف فلا يملكها أحد . وأما إن كان في أرض مملوكة فلمالكها منعه (أو) عدم المنع مطلقاً عن التقييد بكونه في أرض العنوة ، فلا يمنعه في غيرها أيضاً في كل حال (إلا أن يصيد المالك) فيها فله المنع منه في

الجواب (تأويلان) أي فهمان لشارحيها ، وظاهره سواء توالد السمك في الماء أو انجر إليه وهو كذلك على المشهور .

وقال أشهب رحمه الله تعالى إن توالد فله منعه ، وإن جره الماء فليس له منعه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى سألت الإمام مالكاً رضي الله تعالى عنه عن بحيرات تكون عندنا بمصر لأهل قرى أراد أهلها بيع سمكها لمن يصيده منها ، فقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يعجبني أن تباع لأنها تقل وتكثر ، ولا يدرى كيف تكون ولا أحب لأحد أن يمنع أحداً من تلك البحيرة يصيد فيها .

واختلف الشيوخ في تأويل قوله فقال ابن الكاتب منع ذلك لأن الأرض ليست لهم ، إذ أرض مصر وقف ولو كانت الأرض ملكاً لهم لكان لهم منع الناس منها . وقال غيره من القرويين إنما لا يمنع الناس منه إذا كان هو لا يصيده ، فلم يبق إلا أن يبيعه وبيعه لا يجوز ، لأنه غرر فلا يمنع الناس هذا محصل ما نقله أبو الحسن عن ابن يو نس ، وهو الذي أشار إليه المصنف ، ونصه أثر قولها ولا يمنع من يصيد فيها ولا الشرب منها . ابن الكاتب إنما قال لا يمنع أربابها الناس منها ، لأن الأرض ليست لهم ، وإنما هم متولونها ، وإنما هي أرض مصر ، وهي أرض خراج السلطان .

وأما لو كانت أرض إنسان وملكه لكان له منع الناس ، ولا فرق في ذلك بين جوابه عما حفر في أرضه أن له منع مائه من الناس وله بيعه ، والله أعلم . وقال غيره من شيوخنا القرويين إنمـا لا يمنع الناس منها إذا كان لا يصيده ، إذ لا يجوز بيعه لأنه غرر فلا يمنع الناس منه ، كما قـال في الكلأ إن احتاج إليه برعي أو بيع فله منع الناس منه ، وإن لم يحتج إليه ولا وجدَ له ثمناً فليخل بين الناس وبينه فكذلك برك الحيتان أفاده البناني .

(ولا) يمنع (كلأ) بفتح الكـاف واللام فهمز مقصور ، أي الخلاء النابت بنفسه (بفحص) بفتح الفاء وسكون الحاء المهملة فصاد مهملة ، أي أرض لم تزرع استغناء عنها (وعفى) بفتح العين المهملة والفاء مقصوراً ، أي الدارس الذي لا يزرع جمع عاف قاله

لَمْ يَكْتَنِفْهُ زَرْعُهُ بِخِلَافِ مَرْجِهِ وحِماهُ .

ابن فرحون في شرح ابن الحاجب (لم يكتنفه) أي الكلأ (زرعه)أي صاحب الأرض ، فإن اكتنفه زرعة وكان عليه ضرر في وصول النـــاس بدوابهم ومواشيهم إليه فله منعه (بخلاف) الكلأ النـــابت في (مرجه) بفتح فسكون أي موضع رعي دوابه (و) في (حماه) أي الموضـــع الذي بوره لنبات الكلأ فيه لرعى دوابه فله منعـــه وبيعه في هذين القسمين ، وعلم من كلامه بالأولى ان له منع كلأ أرضه التي حظرها بحائط أو زرب فيها لا بأس أن تبيع خصباً في أرضك ممن يرعاه عامه بعد نباته وحصول الانتفاع به .

ابن القاسم الخصب الذي يبيعه ويمنع الناس الناس منه وإن لم يحتج اليه ما في مرجه وحماه ابن رشد ما بالارض المملوكة أقسام المحظرة بالحيطان ، كالحوائط والجنات ربها أحق بما بها من الكلأ ، وله منعه وبيعه ممن يريد الرعي والاحتشاش وإن لم يحتج اليه . وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة فليس له بيع ما بها من كلأ ولا منع أحد من فضل حاجته اتفاقاً إلا أن يضره بدابة أو ماشية في زرع يكون له حواليه . وأما الارض التي بورها للرعي وترك زراعتها لذلك فقول ابن القاسم فيها جواز منعه إن احتـــاج اليه أو وجد من يشتريه وإلا جبر على تركه للناس . وأما فحوض أرضه وفدادينه التي لم يبورها للرعي ففيها أقوال .

ابن يونس اختلف في أرضه التي لم يوقفها للكلأ ، فروى ابن القـــاسم وأشهب أنه لا يبيعه وهو أحق به إن احتاج اليه ، وإن لم يحتج اليه خلى بين الناس وبينه . وأمـــا إذا أوقف الارض للكلأ فله منعه عند ابن القاسم ومطرف أفاده « ق » . « غ » هـــذا التقسيم في الارض المتملكة ، وتعرف بالوقوف على كلام ابن رشد في المقدمـــات ، وهو الذي اختصره هنا ، ونصه وإن كان الكلأ في أرض متملكة فإنها تنقسم على أربعـــة أقسام ، أحدها أن تكون محظرة قد حظر عليها بالحيطان كالجنات والحوائط . والثاني : أن تكون غير محظرة إلا أنها حماه ومروجه التي قد بورها للرعي وترك زراعتها من أجل ذلك . والثالث : فدادينه وفحوص أرضه التي لم يبورهـــا للمرعى ، وإنما ترك زراعتها

لاستغنائه عنها أو ليحمها للحرث . والرابع العفاء والمرج من أرض قريبة فلا اختلاف أنه لا يبيعه ولا يمنع الناس مما فضل عن حاجته منه إلا أن يكون في اختلاف الناس اليه بدوابهم ومواشيهم ضرر عليه من زرع يكون حواليه فيفسد عليه بالاقبال والادبار. وأما الثاني والثالث فاختلف فيهما على ثلاثة أقوال فقـــال ابن الماجشون له أن يبيع مرعى أرضه كان بورها للكراء أو لم يبورها له .

وقال أشهب ليس له أن يبيع ، وإنما يكون أحق بمقدار حاجتـــه ويترك الفضل للناس . وقال ابن القاسم له أن يبيع إن أوقفها للرعي، وليس له أن يبيع ما في فدادينه وفحوصه اه ، ولم يصرح المصنف بالتي حظر عليها إما لاندراجها في حماه ، أو لأنهـــا أحرى منه ، والذي عند الجوهري العفاء بالفتح والمد الدروس والهـــلاك والعفو الارض الغفل لم توطأ ، وبالله تعالى التوفيق . طفي لا تورك على المصنف ، إذ قد يطلق العفاء على نفس الارض ففي نهاية ابن الاثير في حديث أقطع أرض المدينة ما كان عفاء ، أي ما ليس لأحد فيه أثر وهو من عفا الشيء إذا درس ولم يبق له أثر يقال عفت الدار عفاء ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

﴿ بـاب ﴾

صَـحّ وَقْفُ

(باب)

في بيان أحكام الوقف وما يتعلق به

(صح وقف) بفتح الواو وسكون القاف . ابن عرفة الوقف مصدراً إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيها ولو تقديراً فتخرج عطية الذات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه ، لجواز بيعه برضاه مع معطاه . وقول ابن عبد السلام إعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأبيد، لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه ، واسما ما أعطيت منفعته مدة الخ ، وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسها . وقول اللخمي التحبيس يسقط ملك المحبس غلط .

الحط يخرج من حده الحبس غير المؤبد ، وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف . البناني قوله مدة وجوده مبني على أن الحبس لا يكون إلا مؤبداً ، وإطلاق الحبس على غير المؤبد مجاز عنده كما صرح به ، ونصه الروايات واردة بإطلاق لفظ الحبس على ما حبس مدة يصير بعدها ملكاً وهو مجاز اه ، وعلى ما ذهب هو اليه ينبني قوله أيضاً لازماً بقاؤه الخ ، وأخرج بقوله لازماً بقاؤه العبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده ، لأنه فيه يظهر قوله مدة وجوده . وأما إن مات سيده قبله فإنه يبطل أخذ أمه ويرجع لورثة سيده قاله ابن القاسم ، فهو خارج حينئذ بقوله مدة وجوده والله أعلم .

بقي أن الوقف تمليك انتفاع لا منفعة كما تقدم والله أعلم . ابن عرفة وهو مندوب

اليه ، لأنه صدقة ويتعذر عروض وجوبه ، بخلاف الصدقة وفيه تناف ظاهر ، وأنـه من المواساة التي للحفظ من الهلاك وشديد الأذى ، ويجب بالنذر وبالحنث وبأمـر من تجب طاعته أمراً جازماً. وفي المقدمات التحبيس سنة قائمة عمل بها رسول الله ﷺ والمسلمون من بعده . وفي اللباب حكمه الجواز خلافاً لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وحقيقتـه لغة الحبس ، وشرعاً حبس عين لمن يستوفي منافعها أبداً .

النووي وهو مما اختص به المسلمون . الشافعي رضي الله تعالى عنه لم تحبس أهـل الجاهلية فيما علمت داراً ولا أرضاً تبرراً بتحبيسها ، وإنما حبس أهل الاسلام ولا يرد عليه بناء قريش الكعبة وحفر بئر زمزم ، لأنه لم يكن تبرراً ، بل فخرا .

روى مسلم عن أبي هريرة « رض » أن رسول الله ﷺ قال إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية ، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له ، وروى البخاري عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنـه قال أصاب أبي أرضاً بخيبر فأتى رسول الله ﷺ فقال أصبت أرضاً لم أصب مالاً أنفس منها ، فكيف تأمرني بها ، قال رسول الله ﷺ إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على انه لا يباع اصلها ، ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والغرباء والرقاب وفى سبيل الله ، والضيف وابن السبيل لا جنح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه .

تت عبر بالوقف كابن الحاجب دون الحبس ، لأنه أصرح في الدلالة على التأبيد من غير احتياج لقرينة قاله عبد الوهاب ، وهما سواء عند ابن رشد وغيره ، وقال شريح رحمـه الله تعالى لا حبس عن فرائض الله تعالى . ابن يونس أراد أنه يورث مالك تكلم شريـح ببلده ولم يرد المدينة فيرى إحباس الصحابة ، وينبغي للمرء أن لا يتكلم فيما لم يحط به خبراً ، قال الله تعالى ﴿ ولا تقف ما ليس لك به علم ﴾ ٣٦ الإسراء وإضافة وقف شيء (مملوك) لواقفه أو موكله من إضافة المصدر لمفعوله من أرض أو دار أو حانوت أو قنطرة أو مسجد أو رباط أو مصحف أو كتاب أو رقيق أو دابة أو عرض او غيرها ، واحترز

به عن وقف الإنسان نفسه على نوع من العبادات ، قاله ابن عبد السلام عن الغزالي ، ابن عرفة المحبس الحقي الأرض وما تعلق بها كالدور والحوانيت والحوائط والآبار والمقابر والطرق ، ولا خلاف فيه بين اصحاب الإمام مالك رضي الله تعالى عنهم ، واراد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها . سمع ابن القاسم ان احدثت قبور بفناء قوم كانوا يرمون به في غيبتهم ثم قدموا فلهم تسوية قديمها للرمي عليها ، ولا احب تسوية جديدها .

ابن رشد كرهه في الجديدة في الافنية ولو كانت في الاملاك المحجورة لم يكرهه ، وقد قال علي بن أبي طالب «رض» واروا في بطنها وانتفعوا بظهرها . ابن رشد لو دفن في الأملاك المحجورة بلا إذن ربها لكان عليه تحويلهم إلى مقابر المسلمين ، وفعل ذلك بقتلى أحد لما اراد معاوية «رض» إجراء العين التي بجانب احد أمر منادياً ينادي بالمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام من كان له قتيل فليخرجه وليحوله ، قال جابر «رض» فأخرجناهم من قبورهم رطاباً ينتقعون يعني شهداء أحد .

قلت في استدلاله بفعل معاوية «رض» نظر ، لأن قتلى أحد ما اقبروا إلا حيث جاز إقبارهم ، واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس ، والأقرب أنه فعله لتحل منفعة عامة حاجبة حسبما يأتي في بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة . ابن عات سئل بعضهم أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء ، فقال الحبس لايجوز أن يتملك ، ابن سهل أفتى بعض الفقهاء بالمشي على اسنمة القبور ، وكان النبي ﷺ يشق المقابر على أسنمتها لا يثبها ، وقال غيره المشي على المقابر إن كان له قبر ضرورة ويؤمر بالتحفظ من المشي عليها لئلا يهدمها وللضرورة أحكام ، وأقره ابن سهل ، وأفتى بعض شيوخنا بعض أهل الخير في بناء دار له وجد في بقعة منها عظام آدمي يكون محله حبساً لا ينتفع به ولا بهوائه فتركه وهواءه براحاً .

الباجي تحبيس الرباع جائز اتفاقاً فإن ملك بشراء أو نحوه ، بل (وإن) ملكت منفعته (بأجرة) فيها لا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين ، فاذا

وَلَوْ حَيَوَاناً ، وَرَقِيقاً : كَعَبْدٍ عَلَى مَرْضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ ، وَفِي وَقْفٍ : كَطَعَامٍ : تَرَدُّدٌ

انقضت كان النقض للذي بناه . ابن عرفة قول ابن الحاجب يصح في العقار المملوك لا المستأجر اختصار لقول ابن شاس لا يجوز وقف الدار المستأجرة ، وفي كون مراد ابن شاس ففي وقف مالك منفعتها أو بائعها نظر ، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول وهو بعيد لخروجه بالمملوك ، والأظهر الثاني ، وفي نقله الحكم بإبطاله نظر ، لأن الحبس إعطاء منفعته دائماً وأمد الإجارة خاص ، فالزائد عليه يتعلق به التحبيس لسلامته عن المعارض .

ثم في لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له إن كان المملوك الذي أريد وقفه عقاراً ، بل (ولو) كان (حيواناً ورقيقاً) فيها من حبس رقيقاً أو دواب في سبيل الله تعالى استعملوا في ذلك ولا يباعوا ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب والسروج الإمام مالك «رض» ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله تعالى حتى لم يبق فيها قوة عمل الغزو بيعت واشترى مثلها ما ينتفع فيه من الخيل فتجعل في السبيل . ابن القاسم فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في ثمن فرس . ابن وهب عن مالك رضي الله تعالى عنهما وكذلك الفرس يكلب ويخبث . ابن القاسم ما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها ، فان لم يبلغ تصدق به في السبيل .

وشبه في الصحة فقال (ك)وقف (عبد على) أشخاص (مرضى) بفتح الميم والضاد المعجمة وسكون الراء جمع مريض ليخدمهم فيصح ما (لم يقصد) سيده بوقفه عليهم (ضرره) أي العبد ، فان كان قصده فلا يصح . ابن رشد يكره تحبيس الرقيق لرجاء عتقه ، فان نزل وفات مضى وما لم يفت استحب لمحبسه صرفه لما هو أفضل . ابن عرفة أراه فوته بالحوز لا بالموت (وفي) صحة (وقف) ما لا يعرف بعينه (كطعام) ودنانير

ودراهم ليسلف لمن يحتاج اليه ويرد مثله وقفاً في محله، وهكذا أبداً وهـو مذهب المدونة وعدمها ، وبه قال ابن شاس وابن الحاجب (تردد) تت فيه نظر ، لأن أحد شقيه فيه الشارح فيه نظر ، لأنك إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس فيه إلا المنع ، لأنه تحجير بلا منفعة تعود على أحد ويؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال ، وإن كان على معنى أنه وقف للسلف إن احتاج اليه محتاج ثم يرد مثله فمذهب المدونة وغيرها جوازه ، والقول بكراهته ضعيف ، وأضعف منه قول ابن شاس بمنعه إن حمل على ظاهره ، والله أعلم .

(تنبيـــــه)

ابن عرفة استدل اللخمي وتبعه المتيطي لجواز وقف الحيوان بقوله ﷺ من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده ، فإن شبعه وريه في ميزانه يوم القيامة ، أخرجـه البخاري . ابن عرفة هذا الاستدلال وهم شنيع في فهمه إن ضبطا باء حبس بالتخفيف ، وفي روايته إن ضبطاها بالتشديد . وفي مثل هـذا كان بعض من لقيناه يحكي عن بعض شيوخه أنه قال بعض استدلالات بعض شيوخ مذهبنا لاينبغي ذكرها خوف اعتقادسامعها ولا سيما من هو من غير أهل المذهب إن حال اهل المذهب كلهم أو جلهم مثل حال هـذا المستدل،ولقد رأيت لبعض متقدمي المتكلمين رداً على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته ورأيت للآمدي رداً عليهم ليس منصفاً اه .

الحط كلامه رحمه الله تعالى يقتضي أن لفظ الرواية في البخاري حبس بتخفيف الباء على وزن نصر ، والذي في البخاري في كتاب الجهـاد عن أبي هريرة « رض » قال قال النبي ﷺ من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فان شبعه وريـــه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة اه ، فلفظ البخاري احتبس على وزن افتعل،وكذلك نقله المنذري في الترغيب والترهيب عن البخاري ، ومقتضى كـلام ابن عرفة رحمه الله تعالى إن حبس بالتخفيف ليس معناه وقف ، وهو مخالف لما قاله القاضي .

عياض في المشارق ونصه في باب الجامع الباقون ، وأما خالد فانه احتبس ادراعــه

أي وقفها في سبيل الله ، واللغة الفصيحة حبس ، قال الخطابي يقال حبس مخففاً وحبس مشدداً اه ، فدل كلام القاضي على أن حبس بالتخفيف بمعنى حبس بالتشديد ، وهو الوقف ، فصح ما قاله اللخمي والمتيطي هذا إن كانا نقلا الحديث بلفظ حبس ، وإن كانا نقلاه بلفظ احتبس كما هو في صحيح البخاري فحرفه النساخ ، فمعنى احتبس أوقف كما تقدم ، وكذا قال النووي وغيره فصح ما قالاه أن الحديث المذكور أصل في تحبيس ما سوى الأرض ، وكذا حديث خالد كما قاله القاضي عياض في شرح مسلم ، وبقي النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس ، فانه خلاف ما في صحيح البخاري ، والله أعلم.

وصح وقف مملوك (على أهل) أي قابل وصالح (للتملك) بفتح الفوقية والميم وضم اللام مثقلة ، أي لأن يملك منفعة الموقوف ، فلا يصح وقف مصحف أو رقيق مسلم على كافر ، الحط هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه ، والصواب ما قاله ابن عرفة المحبس عليه ما جاز صرفه منفعة المحبس له أو فيه ، وإن كان معيناً رده اعتبر قبوله ابن شاس لا يشترط في صحة الوقف عليه ، قبوله إلا أن يكون معيناً أهلاً للرد والقبول ، وفي كون قبوله شرطاً في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف .

ومثل لأهل التملك فقال (كمن سيولد) بفتح اللام . ابن عرفة المتيطي المشهور المعول عليه صحته على الحمل . ابن الهندي زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل والروايات واضحة بصحته على من سيولد ، وبها احتج الجمهور على صحته على الحمل ، وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم والإمام مالك رضي الله تعالى عنهما لنقل الشيخ . روى محمد بن المواز وابن عبدوس لمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم يولد له ، ومنعه ابن القاسم قائلاً لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته ، قلت يرد بأنه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقة وقبله لا وجود لمتعلقه حكماً ، والأولى احتجاج غيره بأنه حبس قد صار على مجهول من يأتي ، فصار موقوفاً أبداً ، ومرجعه لأولى الناس بالمحبس ، ولهم فيه متكلم وهو قريب من قول ابن الماجشون .

وَذِمِّيٍّ وإنْ لَمْ تَظْهَرْ قُرْبَةٌ أو يَشْتَرِطْ تَسْلِيمَ غَلَّتِهِ مِنْ نَاظِرِهِ لِيَصْرِفَها ، أو كَكِتَابٍ عادَ إلَيْهِ بَعْدَ صَرْفِهِ في مَصْرِفِهِ .

ابن الحاجب لو قال على أولادي ولا ولد له ، ففي جواز بيعه قبل إياسه قولان . ابن الماجشون يحكم بحبسه ويخرج إلى ثقة ليصح الحوز ، وتوقف ثمرته ، فإن ولد له فلهم وإلا فلأقرب الناس اليه ، في التوضيح قول ابن الماجشون ثالث رأي أن الحبس قد تم وإن لم يولد له يرجع إلى أقرب الناس للمحبس ، وقوله إن ولد له فلهم ، أي الحبس ، وثمرته وإذا بقي وقفاً عليهم رد اليه لأنه يصح حوزه لولده قاله الباجي . ابن القاسم وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً .

(و) كـ (ذمي) بكسر الذال المعجمة والميم مشددة ، أي كافر ملتزم الجزية وأحكام الإسلام فيجوز وقف المسلم عليه إن ظهرت فيه قربة بأن كان فقيراً أو قريباً للواقف ، بل (وإن لم تظهر قربة) في الوقف عليه بأن كان أجنبياً غنياً . ابن عرفة تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله يجوز الواقف على الذمي ، وقبله ابن عبد السلام ولم أعرفه نصاً وإلا ظهر جريه على حكم الوصية له . وفي نوازل ابن الحاج من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله سبحانه وتعالى ﴿ ويطعمون الطعام ﴾ إلى قوله ﴿ وأسيراً ﴾ ٨ الإنسان ، ولا يكون الأسير إلا كافراً وإن حبس على كنائسهم رد وفسخ . ومن المتبية إن أوصي التي بماله للكنيسة ولا وارث له دفع ثلثه إلى الأسقف يجعله حيث ذكره والثلثان للمسلمين .

وعطف على قوله لم تظهر قربة فقال (أو) أن (يشترط) واقفه (تسليم غلته) أي الوقف (من ناظره) أي الوقف الذي أقامه الواقف عليه للواقف (ليصرفها) أي الواقف الغلة في مصرفها ، فهذه مبالغة في صحة الوقف أيضاً . ابن عبد الحكم الإمام مالك (رض) إن جعل الحبس بيد غيره وسلمه اليه يحوزه ويجمع غلته ويدفعها للذي حبس يلي تفريقها ، وعلى ذلك حبس ، فإن ذلك جائز وأباه ابن القاسم وأشهب (أو) كان الموقوف (ككتاب) مشتمل على قرآن أو علم شرعي وسلاح حيز عنه (ثم عاد) أي الكتاب ونحوه (اليه) أي واقفه لينتفع به كغيره أو ليحفظه حتى يستعيره من ينتفع به ثم يرده اليه وهكذا (بعد

صرفه) أي الكتاب الموقوف ونحوه (في مصرفه) لأن صرفه في مصرفه حوز له وعوده له بعد صحة الحوز لا يبطل حوزه فيها من حبس في صحته ما لا غلة له كالسلاح والخيل والرقيق وشبهها ، فلم ينفذها ولم يخرجها من يده حتى مات فهي ميراث ، وإن كان أخرجه في وجوهه ورجع اليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه وإن كان أخرج بعضه وبقي بعضه فما أخرجه فهو نافذ ، وما لم يخرجه فهو ميراث .

أبو الحسن ظاهره وإن كان أحدهما تبعاً للآخر . طفي ليس موضوع المسألة أنه حيز عنه ثم عاد اليه للانتفاع به ، بل تصويرها أنه حبسه وأبقاه تحت يده وهو المتولي لأمره فيخرجه في مصرفه ، ثم يرده لحوزه ، ثم قال بعد نقل نصها السابق ، وقال ابن شاس وشرطه خروجه عن يد واقفه وتركه الانتفاع به فإن حبس في صحته ثم أبقاه في يده حياته بطل إذا لم تكن غلته تصرف في مصارفها ، فإن كان يصرفها فيه في صحته ففي بطلانه وصحته ثلاث روايات فرق في الثالثة ، بين أن يكون إنما يخرج غلته مثل أن يكون حائطاً أو أرضاً أو ما أشبههما فيصرف غلته فيكون باطلاً ، وبين أن يكون إنما يخرج أصل الحبس كفرس أو سلاح وما أشبهه فيكون صحيحاً اهـ . وتبعه ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما ، فأنت ترى انه ليس فرض المسألة فيما أعاده للانتفاع به ، ولذا قال في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام ، قيد اللخمي وغيره ذلك بما إذا لم يتصرف فيه إذا عاد اليه تصرف المالك قال وقراءة الكتاب اذا عاد اليه خفيف اهـ ، والمسألة ايضاً مفروضة فيما حبس على غير معينين كما قرر به ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب وأصله للخمي .

ابن عرفة اللخمي وهو غير معين كالخيل يغزى عليها والسلاح يقاتل به والكتب يقرأ فيها ، فيصح أن تعود ليد محبسها بعد قبضها . واختلف إن لم يأت وقت انفاذها للجهاد أو لم تطلب للقراءة حتى مات المحبس ، فهل يبطل تحبيسها ولو كان يركب الدابة في عودها اليه لرياضتها لم يبطل ، وإن كان يركبها حسبما يفعل المالك بطل وقراءة الكتاب إن عادت اليه خفيف ، قلت وتكون فيها لحفظها من السوس فتكون كرياضة الدابة .

الصقلي لأشهب في الموازية والمجموعة ما كان يرد اليه بعد الانتفاع به فيعلف الخيل من عنده ويرم السلاح وينتفع به في حوائجه ، ويعير ذلك لأخوانه فيموت فهو ميراث ا هـ . كلام ابن عرفة فافهم هذا المحل ، فإنه مزلة إقـــدام جمع من الشارحين المحققين لفرضهم المسألة في عوده للانتفاع به ، وقد علمت بطلانه والله الموفق . البناني وهو غير صحيح لما نقله أبو الحسن عقب قولها وإن كان يخرجه في وجوهه ويرجع اليه فهو نافذ من رأس ماله ونصه ابن يونس . ابن القاسم فإن احتاج أن ينتفع به مع الناس فـــلا بأس به فافاد أن عوده للانتفاع به كعوده لحفظه . وسمع ابن القاسم من حبس شيئاً في السبيل وانفذه فيه زمانا فله الانتفاع به مع الناس ان كان محتاجاً .

ابن رشد ينتفع به فيما حبسه فيه لا فيما سواه من منافعه ، نقـله ابن عرفة فبان أن الصواب ما قاله الشراح ، وهذا لا ينافي ما قيده اللخمي ، فإن الذي منعـه اللخمي هو تصرفه فيه تصرف المالك بأن ينتفع به على غير الوجه الذى حبسه فيه ، وهو ظاهر ، والله أعلم ، وهي مفروضة عند اللخمي وأبي الحسن وابن عرفة وغيرهم في الحبس على غيرمعين اللخمي الحبس أصناف صنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ، ولا يحتاج إلى حائز مخصوص كالمساجد وصنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ، ويتعين حائزه وهو الحبس على معـــين ، وصنف يصح بقاء يده عليه إذا أنفذه فيما حبسه عليه كالخيل يغزى عليها والكتب يقرأ فيها . فإذا لم يكن على معين صح أن يعود إلى يده بعد قبضه . واختلف إذا لم يأت وقت إنفاذه للجهاد أو لم تطلب الكتب للقراءة حتى مات محبسه فقيل يبطل حبسه ولو كان يركبها حسبا كان يفعل المالك بطل حبسه وقراءة الكتب إذا عادت اليه خفيف نقــــله .

أبو الحسن فتحصل من كلامه أنه إذا لم يخرجه أصلاً حتى مات قبـل مجيء وقت انفاذه ففيه قولان وإن كان أخرجه وظاهره ولو مرة كما قاله أبو الحسن صح والله أعلم . أقول بحول الله وقوته كلام اللخمي نص صريح فيما قاله طفي ، فانه جعل ركوبها لرياضتها مغتفراً وركوبها للانتفاع مبطلا ، ولكنه مخالف لما في سماع ابن القاسم وهو لا يفيد أن

وَبَطَلَ عَلَى مَعْصِيَةٍ ، وحَرْبِيٍّ . وكافِرٍ لِكَمَسْجِد ،

ردها للانتفاع كردها لحفظها إنما يفيد أنها إن عادت اليه لحفظها فله الانتفاع بها ان احتاج له ، والله أعلم ، وهذا يخالف فيه طفي .

(وبطل) الوقف على من يستعين به (على معصية) كجعل ريعه في ثمن خمر. البساطي لا يبعد القول بكفر من فعل ذلك . الباجي لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق . ابن عرفة عبارة الشيوخ أنهم لا يقولون إلا فيما فيه نظر ما لا في الأمر الضروري ، ورد هذا الحبس ضروري من القواعد الأصولية ، وسمع عيسى ابن القاسم من أوصى أن يقام له منهي في عرس أو مناحة ميت لا تنفذ وصيته وقوله باطل . ابن رشد لا خلاف في ردها بنياحة الميت لأنها محرمة ، الحطوانظر الوقف على المكروه ، والظاهر أنه إن كان مختلفاً فيه فانه يمضي ، وإن اتفق على كراهته فلا يصرف في تلك الجهة ، ويتوقف في بطلانه أو صرفه الى جهة قربه . وفي المدخل بعد تقريره أن الأذان جماعة على صوت واحد بدعة مكروهة قال فعلهم ذلك لا يخلو إما أن يكون لأجل الثواب فالثواب لا يكون الا بالاتباع أو لأجل الجامكية والجامكية لا تصرف في بدعة ، كما انه يكره الوقف عليها ابتداء .

أبو محمد من الوقف على معصية وقف كافر على عباد كنيسة إما على موتاها أو الجرحى أو المرضى فصحيح معمول به ، وان أراد الأسقف بيعه وصرف ثمنه في ذلك ونوزع فيه وترافعوا الينا راضين بحكمنا ، فللحاكم أن يحكم بينهم بحكم الإسلام من امضاء الحبس وعدم بيعه هذا حاصل كلام ابن رشد .

(و) بطل وقف مسلم على كافر (حربي) للمسلمين لأنها اعانة له عليهم (و) بطل وقف شخص (كافر لكمسجد) ورباط وجهاد وحج واذان مما يتعلق بدين الإسلام . الباجي سمع ابن القاسم ان حبس ذمي داراً على مسجد رد ورواه معن في نصرانية بعثت بدينار للكعبة ، فرده عليها مالك «رض» ابن عرفة لا يصح وقف كافر في قربة دينية ولو كان في منفعة عامة دنيوية كبناء قنطرة ، ففي رده نظر ، والأظهر رده ان لم يحتج اليه .

أوَ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِهِ

(أو) وقفه (على بنيه) أي الواقف الذكور (دون بناته) أي الواقف الإناث فهو باطل ، لأنه من عمل الجاهلية ، سمع ابن القاسم اذا حبس على ولده وأخرج البنات منه ان تزوجن ، فإن شاء أن يبطل ذلك ورأى ابن القاسم أنه اذا فات أن يمضي على ماحبس عليه وان كان حياً ولم يحز عنه الحبس فليرده ويدخل فيه البنات وان حيز عنه او مات مضى على شرطه ولا يفسخه القاضي . الحط حصل ابن رشد فيه بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال ، ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد ، قال في العتبية قال الإمام مالك رضى الله تعالى عنه من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج البنات منه اذا تزوجن فاني لا أرى ذلك جائزاً له .

ابن القاسم قلت لمالك اترى ان يبطل ويسجل الحبس ، قال نعم وذلك وجه الشأن فيه . ابن القاسم ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس ، فان كان المحبس حياً ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث ، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ويكون على ما جعل عليه ابن رشد ظاهر قوله مالك هذا أن الحبس لا يجوز ، ويبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم من أنه يمضي إذا فات ولا ينقض ، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت ، أراد بعد حوزه عنه ، ورأى أن الحبس إذا لم يحز عن محبسه يبطل وتدخل الإناث فيه ، وظاهر قوله وإن كره المحبس عليهم ذلك مراعاة لقول من قال إن الصدقة والهبة والحبس لا تلزم ولا يحكم بها حتى تقبض ، وقد روي عن مالك أنه مكروه ، فعلى هذا لا يفسخ إلا أن يرضى المحبس عليهم الرشداء .

وذهب ابن المواز أن هذا ليس اختلاف قول ، قال إنما يفسخ ويسجل إذا لم يأبه من حبس عليهم ، فإن أبوه فلا يجوز فسخه ، ويقر على ما حبس وإن كان المحبس حياً إلا أن يرضوا له برده وهم رشداء . مالك إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب إن كان لم يحز عنه وإن خوصم فليقره على حاله ، ومعنى ذلك عند ابن القاسم إذا كان قد

حيز عنه وهو الذي ذهبت اليه من التأويل فيها عن ابن القاسم من فرقه في هذه الرواية في فسخه بين حوزه عنه وعدمه ، وقد تؤولت أيضاً على ما حكاه ابن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له فسخه وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم ، وقد تؤولت أيضاً بأن له فسخه وإن حيز عنه وأبى المحبس عليهم مراعاة لقول من رأى عدم إعمال الحبس جملة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك وفي رسم نذر ، وتؤولت على قوله في هذه الرواية أنه يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد حيازة الحبس عنه فتحصل على هذا فيها أربعة أقوال :

أحدها : قول الامام مالك «رض» يفسخ الحبس على كل حال وإن مات محبسه بعد حوزه عنه ويرجع لملكه .

ثانيها : أن المحبس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه .

ثالثها : يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه، فإن حيز عنه فلا يفسخه إلا برضا المحبس عليهم .

رابعها : أنه لا يفسخه ويدخل الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم ا هـ .

اللخمي إخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال . مالك «رض» في المجموعة أكره ذلك . وفي العتبية إن أخرج البنات إن تزوجن فالحبس باطل . ابن القاسم إن كان المحبس حياً فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز أو مات فات وكان على ما حبس عليه ، وقال أيضاً ان كان المحبس حياً فليفسخه ويجعله مسجلاً ، وإن مات فلا يفسخ فجعل له رده بعد حوزه ويجعله مسجلاً ما لم يمت . وقال ابن شعبان من أخرج البنات أبطل وقفه ، وهذا مثل قول مالك رضي الله تعالى عنه في العتبية ، فعلى الأول يكره ، فان نزل مضى ، وعلى القول الثاني يبطل ان لم يشركهم فيه ، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يحز ، وعلى القول الآخر يفسخ ، وإن حيز ما لم يمته م .

ابن عرفة ففي الحبس على البنين دون البنات مطلقاً أو ان تزوجن سبعة أربعة . ابن

رشد وخامسها جوازه ، وسادسها كراهته ، وسابعها فوته بحوزه وإلا فسخه وأدخل فيه البنات ا ه . الحط فعلى المشهور من امتناع إخراجهن مطلقاً ، سواء بعد تزوجهن أو ولو لم يتزوجن يتحصل فيه بعد وقوعه خمسة أقوال ، الأول : فسخه على كل حال وان حيز عنه ومات بعـــد حوزه ويرجع لملكه وهو قول الامام مالك رضي الله تعالى عنه في العتبية .

الثاني : فسخه ورجوعه لملكه ما لم يحز عنه وهو قول ابن القاسم على نقل اللخمي.

الثالث : فسخه ودخول البنات وان حيز عنه وهو متأول على قول مالك رضي الله تعالى عنه في العتبية .

الرابع : فسخه ودخول البنات فيه ما لم يحز عنـــه وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع .

والخامس : لا يفسخ ولا يدخل فيه البنات وان لم يحز الا برضا المحبس عليهم ، وهو قول محمد ابن المواز ، والله أعلم .

البناني نص المدونة يكره لمن حبس إخراج البنات من تحبيسه ا ه ، وشهرها عياض . أبو الحسن قال هنا يكره فإن نزل مضى . ابن رشد وعلى أنـــه يكره لا يفسخ الا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم رشداء . ابن عرفة فيه نظر ، لأن المكروه اذا وقـــع يمضي ولا يفسخ ، وأما رواية ابن القاسم التي مشى المصنف عليها فليست في المدونة،وإنما هي في العتبية ، وبهذا يتبين صحة الاعتراض على المصنف في تركه مذهب المدونة الذى شهره عياض ، والله أعلم.

الحط انظر لو حبس على البنات دون البنين ، وظاهر كلام المتيطي أنه صحيح، فانه ذكر صفة ما يكتب في اشتراط المحبس كونه لبنيه دون بناته عقبه بذكر الخلاف فيصحة ذلك ، ثم ذكر صفة ما يكتب في اشتراط المحبس كونه لبناته دون بنيه، ولم يذكر فيه خلافاً فدل كلامه على أنه جائز والله أعلم ، وهو أيضاً ظاهر كلام الامام مالك «رض» في العتبية وكلام ابن رشد عليها ، ونص كلام العتبية سئل مالك «رض» عن رجـــل

تصدق على بناته بصدقه حبساً ، فاذا انقرض بناته فهي لذكور ولده وهو صحيح ،فبتل ذلك لهن فيكون للإناث حتى يهلك جميعهن وللرجـــل يوم هلكن كلهن ابن وله ولد ذكور ، فقال ولد الولد نحن من أولاده ندخــل في صدقة جدنا ، وقــال ولده لصلبه نحن آثر وأولى فقال الامام مالك «رض» أرى أن يدخل معهم ولد الولد .

ابن رشد قوله انه يدخل ولد الولد بقوله فهي لذكور ولده صحيح على المشهور في المذهب ، لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد اذا لم يكن ولد في الميراث ، فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس ، وكذلك يدخل مع بناته لصلبه اذا تصدق على بناته بصدقه حبس بنات بنيه ، لأن بنت الابن بمنزلة البنت في الميراث إذا لم يكن ابن فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه ا هـ، فقوله فلا شيء لذكور ولد المحبس الخ ، مع جواب الامام يدل على جواز ذلك ولو لم يكن جائزاً لما سكت عنه ، والله أعلم .

(أو) أي وبطل ان وقف دار سكناه على محجوره وخرج منها وحوزها لغيره ثم (عاد) الواقف (لسكنى مسكنه) الذي أوقفه على محجوره ، وصلة عاد (قبل) تمام (عام) من يوم خروجه منه وتحويزه لغيره ومات أو جن أو فلس وهو ساكن فيه فقد بطل تحبيسه لضعف حوزه عنه باكتنافه سكناه ، وفهم من قوله عاد أنه لو لم يسكنها أولاً وحيزت عنه ثم عاد لسكناها قبل عام فلا يبطل تحبيسه ، وكذا عوده لسكناه بعد تمام عام قاله تت . طفي فيه نظر ، بل يبطل فلا مفهوم لعاد ولا لسكنى ولا لمسكنه ، اذ الانتفاع بغير السكنى كالانتفاع بها وغير المسكن كالمسكن كذا النقل وبــه شرح الشراح المعتمدون .

ابن يونس الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من حبس حبساً وسكنه زماناً ثم خرج منه فلا أراه إلا قد أفسد حبسه وهو ميراث . ابن القـــاسم إن حيز عنه بعد ذلك في صحته حتى مــات فهو نافذ ، فإن رجع فسكن فيه بكراء بعدمــا حيز عنه ، فإن جاء من ذلك

أمر بين من الحيـازة فذلك نافذ قاله مالك رضي الله تعـالى عنه . محمد هذا إذا حاز ذلك المحبس عليه بنفسه أو وكيله ولم يكن فيهم صغير ولا من لم يولد بعد ، فأما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد أو كان بيده هو يحوزه لمن يحوز حوزه عليه ثم سكن ذلك قبل أن يلي الصغير نفسه ، وقبل أن يحوز من ذكرنا ممن حبس عليه فذلك يبطله . قلت وكم حد تلك الحيـازة قال السنة أقلها ، وقاله ابن عبد الحكم عن مالك رضي الله تعالى عنه .

ابن رشد إنمـا يصح القول بحيازة العام في المالكين أمورهم ، فقول مالك رضي الله تعالى عنه والمعلوم من مذهب ابن القاسم أنه إن رجع بعمرى أو كراء أو إرفاق أو غير ذلك بعد أن حازها الموقوف عليه سنة أن الوقف نافذ . ابن رشد وأما الصغار فمتى سكن أو عمر ولو بعد عام بطل اهـ ، واقتصر عليه ابن عات وابن سلمون . وأفتى ابن لب بأنه إن أخلى ما حبسه على صغار ولده عاماً كاملاً ثم رجع له فلا يبطل رجوعه تحبيسه .

المتيطي المشهور المعمول به أنه لا فرق بين الصغير والكبير في نفوذ السكنى إذا أخلاه على ما يشترط أن يكريه في هذا العام باسم محجوره ، ويرجع إليه بالكراء ويشهد عليه ، وهذا قول ابن القاسم وعبد الملك ونحوه لابن العطار ، ثم ذكر عن محمد أن المحجور ليس كغيره أفاده «ق» الحط وأما إن عاد للسكنى بعد عام فلا يبطل ، وهذا في حق من يحوز لنفسه . وأمـا من يحوز له الواقف فإن عاد لسكناه بطل الحبس والهبة ، انظر التوضيح وابن عرفة . البنـاني هذه طريقة ابن رشد وطريقة المتيطي لا فرق بين المحجور وغيره في عدم البطلان بعوده للسكنى بعد عـام وعليها العمل ، وقد نظم هذا سيدي حمدون المزوار فقال :

رجوع واقف لمـا قد وقفا بعد مضي سنة قد خففا
على صبي كان أو ذي رشد واعترضت طريقة ابن رشد

(أو) أي وبطل الوقف إن وقف شيئاً ثم ظهر دين عليه مستغرق ما بيده و (جهل) بضم فكسر (سبقه) أي الوقف (لدين) ظهر على الواقف مستغرق مـا وقفه وعدم

سبقه إياه فيبطل الوقف (إن كان) الوقف (على محجوره) أي الواقف احتياطاً للواجب وهو قضاء الدين . ومفهوم الشرط أنه إن كان على غير محجوره فلا يبطل في هذه الحالة . فيها قال الإمام مالك رضى الله تعالى عنه ومن حبس حبساً على ولد له صغار فمات ، وعليه دين لا يدرى الدين كان قبل أم الحبس ، وقام الغرماء فعلى الولد إقامة البينة أن الحبس كان قبل الدين وإلا بطل الحبس ، ونحوه في رسم الجواب ، قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الرسم المذكور ولو كان ذلك على ابن مالك لأمره أو أجنبي فحاز وقبض كانت الصدقة أولى .

المتيطي إن تحقق سبق الدين بطل الحبس والهبة والصدقة مطلقاً ، وإن تحقق سبق العطايا نفذت وبقيت الديون على الغريم ، وإن جهل السابق منها فما كان من تحبيس أو صدقة أو هبة على كبير حاز لنفسه أو على صغير حاز له أجنبي بأمر أبيه فهو ماض على حسب ما عقد وتبقى الديون في ذمته ، وما كان من ذلك على صغير حاز له أبوه فالديون أولى من ذلك ، وكذلك قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب الهبات « غ » الشرط قاصر على هذه دون ما قبلها ، ففي كتاب الهبات من المدونة ومن وهب لرجل هبة من غير ثواب ثم ادعى رجل أنه ابتاعها من واهبها وجاء ببينة فقام الموهوب له يريد قبضها فالمبتاع أحق بها ، وذلك كقول مالك رضي الله تعالى عنه في الذي حبس على ولد له صغار حبساً ومات وعليه دين لا يدري قبل الحبس أو بعده ، فقال البنون قد حزناه بحوز الأب علينا ، فإن أقاموا بينة أن الحبس كان قبل الدين فالحبس لهم وإلا بيع للغرماء ، وكذلك الهبة لغير ثواب وقد استوعبها المتيطي .

طفي لا معنى لرجوع القيد للتي قبلها ، لأن عوده للانتفاع به قبل السنة يبطل الحوز إن كان الحائز ممن يحوز لنفسه وهو محبس عليه ، وأما إن حبس على صغيره وحازه له فاختلف فيه هل هو كذلك أو يبطل متى رجع إليه ولو بعد عام قاله ابن رشد ، ثم قال وقال المتيطي المشهور المعمول به أنه لا فرق بين الصغير والكبير في نفوذ مسكن السكنى إذا أخلاه عاماً بشرط أن يكريه في هذا العام باسم محجوره ويرجع اليه بالكراء ، ويشهد على ذلك ،

أو عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَو بِشَرِيك ، أو عَلَى أَنَّ النَّظَرَ لَهُ ،

وهذا قول ابن القاسم وعبد الملك ، فإذا علمت ذلك فكيف يصح رجوع القيد إليها ، إذ لو رجع إليها لكان المناسب أن يقول إن لم يكن على محجوره وهو المعتمد ، ونحوه لابن يونس وعليه درج المصنف في قوله ولم تكن دار سكناه ، وتبع تت الشارح في قوله قيد في هذه والتي قبلها والعجب كيف سلمه وهو واضح الفساد ونبه عليه « غ » معرضاً بالشارح بقوله الشرط قاصر على هذه دون ما قبلها وأعجب من ذلك أن الشارح ذكر كلام ابن يونس الدال على المطلوب ، ولم يهتد له ، لكن الكمال لله سبحانه وتعالى .

واعلم أن الباطل في قوله أو عاد لسكنى مسكنه الحوز فقط كما يؤخذه من كلام ابن يونس ، بخلاف ما قبله وما بعده فإنه الحبس اه ، أي إن لم يحصل له مانع وهو ساكن به وإلا بطل الحبس أيضاً والله أعلم .

(أو) أي وبطل الوقف إن وقف المالك ملكه (على نفسه) أي الواقف فهو باطل إن كان على نفسه وحده ، بل (ولو) وقف على نفسه (بشريك) أي مع غيره كوقفت على نفسي وعلى فلان فهو باطل على المشهور ، وقال ابن شعبان يصح عليهما ، واليه أشار بولو . ابن عرفة الحبس على نفس المحبس وحده باطل اتفاقاً ، وكذا مع غيره على المعروف ، وظاهر المذهب بطلان كل حبس من حبس على نفسه وغيره إن لم يحز عنه ، فإن حيز عنه صح على غيره فقط .

(أو) أي وبطل إن وقف على غيره فقط وشرط (أن النظر) على وقفه (له) أي الواقف فهو باطل إذا لم يكن الموقوف عليه محجوراً له وإلا فلا يبطل، لأنه الذي يحوز لمحجوره ، ويتصرف له كما في المدونة وغيرها . ابن شاس في المختصر الكبير لا يجوز للرجل أن يحبس ، ويكون هو ولي الحبس . محمد فيمن حبس غلة داره في صحته على المساكين وتولى عليها حتى مات ، وهي بيده أنها ميراث ، وكذلك لو شرط في حبسه أنه يليه قاله ابن القاسم وأشهب . طفي ذكره في مبطلات الحبس جاز ما به مع قوله في توضيحه في قول ابن الحاجب ولو شرطه لم يجز ، أي الشرط ويحتمل أي الوقف ويبطل

أو لَمْ يَحُزْهُ كَبِيْر وُقِفَ عَلَيْــهِ ، ولَو سَفيهاً ، أو وَلِيُّ صَغير ، أو لَمْ يُخَلِّ

ولو كان حياً اه . واقتصر ابن عبد السلام على الأول قائلاً ويخرج من يده إلى ناظر آخـر ينظر فيه ولا يوفي له بشرطه وتردد أيضاً في توضيحه في قول محمـد من حبس غلة داره في صحته على المساكين فكان يليها حتى مات وهي بيده أنها ميراث ، وكذلك لو شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجزه له .

ابن القاسم وأشهب فقال انظر قوله في الموازية وكذلك لو شرط هل المراد أنه يبطل حبسه ، وهو ظاهر لفظه أو معنى قوله لم يجزه له . ابن القاسم وأشهب أي لم يجيزا له الشرط فيصح الحبس ويخرج من يده إلى غيره ، والاظهر أن معنى ما في الموازية أن المحبس مات ولم يحز عنه ولا إشكال في البطلان مع ذلك . وأما إن كان حياً فإنه يصح الوقف ويخرج إلى يد ثقة ليتم حوزه ، وكذا فسر ابن عبد السلام كلام المؤلف اه ، كلام التوضيح فجزم هنا بخلاف ما استظهره في توضيحه إلا أن يحمل كلامه هنا على بطلان الحوز كما في قوله أو عاد لسكنى مسكنه ، وقد أشار إلى ذلـك « غ » واستبعد . تت في كبيره حمله على ما استظهره ولا بعد فيه .

(أو) أي وبطل إن وقف على غيره فقط وليس في حجره و (لم يحزه) أي الوقف شخص (كبير) أي بالغ (وقف) بضم فكسر (عليه) أي الكبير فيبطل بحصول مانع للواقف قبل حوزه عنه ، فإن حازه الموقوف عليه الكبير قبله فلا يبطل بحصوله له بعده إن كان الكبير رشيداً ، بل (ولو) كان (سفيهاً) لا يحفظ المال ولا يحسن التصرف فيه فحوزه لنفسه صحيح معتبر ، وقيل لا يصح ولا يعتبر ، وإليـه أشار بولو (أو) وقف على صغير محجور لغيره ولم يحزه (ولي صغير) حتى حصل للواقف مانع فيبطـل وقفه ، فإن حازه ولي الصغير الموقوف عليه قبله فلا يبطل به ، لأن القصد من الحوز رفع يد واقفه عنه وتسليمه لغيره .

(أو) أي وبطل إن وقف مسجداً أو قنطرة أو رباطاً أو نحوها و (لم يخـل)

بضم التحتية وفتح الحاء المعجمة وشد اللام الواقف (بين النـــاس وبين كمسجد) ورباط وقنطرة ونحوها وتنازع يحز ويخلى (قبل فلسه) أي الواقف الأعـم أو الأخص (و) قبل (مرضه) أي الواقف المتصل بموته وقبل جنونه كذلك (وقبل موته) أي الواقف بأن لم يحز عنه أصلاً أو حيز عنه بعد مرضه أو جنونه أو فلسه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس أو يمرض قبل حوزها عنه فهي باطلة إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ، ويقضى للمعطي بالقبض إن منعه المعطي ومن وهب عبداً لابنه الصغير أو لأجنبي فلم يقبضه الأجنبي حتى مات الواهب ، فذلك كله باطل ، كقول مالك رضي الله تعـالى عنه فيمن حبس على ولده الصغار والكبار ولم يقبض الكبار الحبس حتى مات الأب فإنه يبطل كله لأن الكبار لم يقبضوا الحبس .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يعرف إنفاذ الحبس للصغار ههنا إلا بحيـــازة الكبار ، بخلاف من حبس على ولده وهم صغار كلهم ، فإن مات كان الحبس لهم جائز .

ابن عرفة في لغو قبض السفيه لنفسه ما حبس عليه وصحته نقل المتيطي البطلان عن وثائق الباجي والصحة عن سحنون مع الأخوين ، قال ونزلت أيام القاضي منذر بن سعيد فشاور فيها العلمـــاء فأجمع فقهاء بلده على صحته الا اسحق بن ابراهيم التجيبي فافتى ببطلانه فحكم بقول الجمـاعة ، وفيها من وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له إلى أن يبلغ وترضى حاله فتدفع إليه ويشهد له بذلك فذلك حوز كان له أب أو وصي حاضر أو لم يكن .

محمد ابن القاسم لا تحوز الأم ولا غيرها صدقة على ابن أو غيره إلا أن تكون وصية من أب أو وصي ، ورواه أشهب عن الإمام مـــالك رضي الله تعالى عنهما . اللخمي الحبس أصنـــاف صنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ولا يحتاج إلى حائز مخصوص وهي المساجد والقناطر والمواجل والآبار .

فإذا خلى بين النـــاس وبينه صح حبسه (إلا) وقفه (لمحجوره) أي على من هو في

إلاَّ لِمَحْجُورِهِ إذا أَشْهَدَ ، وصَرَفَ الغَلَّةَ لَهُ ، ولَمْ تَكُنْ دارَ سُكْناهُ ، أو عَلَى وارِث بِمَرَضِ مَوْتِهِ

حجر الواقف من ابنه الصغير أو المجنون أو السفيه أو موصى أو مقدم عليه منهم ، فلا يبطل ببقاء يد واقفه عليه (إذا أشهد) الواقف على الوقف على محجوره بأن قال أشهدكم أني حبست هذا على محجوري (و) إذا (صرف الغلة) للحبس (له) أي في مصالح محجوره المحبس عليه من نفقته وكسوته وقضاء دينه ونحوها (و) إذا (لم تكن) الذات الموقوفة دار (سكناه) أي الواقف التي استمر ساكناً بها إلى موته ، فإن لم يشهد على الوقف أو لم يصرف الغلة له أو كانت دار سكناه إلى موته لم يصح حوزه له .

طفي معنى كلام المصنف ولم تكن دار سكناه التي لم يخلها إلى أن مات ولا خصوصية لدار السكنى ، بل كذلك غيرها إذا سكنها بعد تحبيسها أو ثوباً لبسه أو دابة ركبها لما تقدم أن ما حبس على محجوره مهما انتفع به بطل ولو بعد عام على المعتمد ، ولذا لم يذكر ابن الحاجب الشرط الثالث ، واقتصر على الأولين .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا تكون الأم حائزة لما تصدقت أو وهبت لصغار ولدها وإن أشهدت ، بخلاف الأب إلا أن تكون وصية له أو وصية وصيه فيتم حوزها لهم ، ويحوز الأب لصغار بنيه وبالغات أبكار بناته ما وهبهم وأشهد عليه ، ولا يزول حتى يؤنس رشدهم ، المتيطي أن عمر المحبس على ابنه الصغير الحبس لنفسه وادخل غلته في مصالحه ، فإن موته يبطل تحبيسه، هذا هو المشهور المعمول به وإذاحبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم ، فإن حوزه لهم حوز إلا أن يكون ساكنا فيها كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وأما الدار الكبيرة التي سكن أقلها وأكرى لهم بقيتها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن .

(أو) أي وبطلان وقف (على) شخص (وارث) للواقف (بمرض موته) أي الواقف المخوف الموجب للحجر عليه فيبطل ويرجع ميراثاً لأنه وصية لوارث . ابن عرفة الحبس على وارث وحده في المرض مردود كهبته له فيه .

إلاَّ مُعقَّباً خرجَ مِنْ ثُلثِهِ ، فكَميراثٍ لِلْوارِثِ : كثلاثَةِ أوْلادٍ، وأرْبعَةِ أوْلادِ أوْلادٍ وعقبَهُ . وتركَ أُمًّا وزَوْجَــةً ، فيدْخُلانِ فِيما لِلأوْلادِ ، وأرْبعَةُ أسْباعِهِ لِولَدِ الْولَدِ : وقْفٌ ،

واستثنى من وقفه على وارثه بمرض موته مسألة معروفة بمسألة ولد الأعيان ، سحنون وهي من حسان المسائل قل من يعرفها فقال (إلا) وقفاً (معقباً) بضم ففتح مثقلاً أي وقفاً على العقب والنسل بأن قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي وعقبهم (خرج) الحبس المعقب باعتبـــار قيمته (من ثلث) مال (ه) أي الواقف بمرض موته بأن كانت قيمته قدر الثلث أو أقل منه ، لأنه وصية . فإن زادت قيمته عليه فيعمل في قدر الثلث منه مـا يعمل فيما يخرج منه فيقسم الوقف على أولاد الواقف وأولادهم فما ينوب أولاده (فـ) هو (كميراث للوارث) للواقف ، سواء كان أولاده الموقوف عليهم أو غيرهم فيقسم بينهم كباقي التركة ، ومثل لها فقال (ك) وقفه عقارا بمرض موته على (ثلاثة أولاد) للواقف وهم أولاد الأعيان (و) على (أربعة أولاد أولاد) له (وعقبه) بفتح القـــاف مشددة ، أي جعل الواقف الوقف على عقبه بأن قـال على أولادي وأولادهم وعقبهم ومات الواقف عن السبعة المذكورين (وترك) الواقف (أما) بضم الهمز وشد الميم له (وزوجة) له (فيدخلان) أي أم الواقف وزوجته (فيما) أي الأقسام الثلاثة التي تنوب أولاد الواقف من قسمة الموقوف على سبعة عدد رؤس الأولاد وأولاد الأولاد ، فللأم سدسهـــا ، وللزوجة ثمنها ، ويقسم الباقي على الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، فأصلها أربعة وعشرون لاتفاق مخرجي السدس والثمن بالنصف فللأم أربعة وللزوجة ثلاثة ، والباقي سبعة عشر منكسرة على الأولاد مباينة لهم ، فتضرب الثلاثة في الأربعة والعشرين باثنين وسبعين فللأم أربعة في ثلاثة باثني عشر، وللزوجة ثلاثة في ثلاثة بتسعة ، وللأولاد سبعة عشر في ثلاثة بأحد وخمسين .

(وأربعة أسباعه) أي الوقف الباقية بعد أخذ أولاد الأعيان حصتهم وهي ثلاثة أسباعه وخبر أربعة أسباعه (لولد الولد) الأربعة (وقف) ابن القاسم والذكر والأنثى

في قسم الوقف على السبعة سواء . وقال سحنون ومحمد يقسم على قدر الحاجة .

ابن عرفة ولو حبس على وارث وغيره معه في مرض موته فهي كالمشهورة بولد الأعيان وهي ذو دار حبسها في مرض موته على ولده وعلى ولد ولده وحملها ثلثه وترك معهم أماً وزوجة ، فصورها الشيخ والصقلي بأن الولد ثلاثة ، وكذلك ولد الولد فتقسم غلتها على عدد المحبس عليهم ، سمع عيسى ابن القاسم والذكر كالأنثى ، وصورها ابن شاس بأن ولد الولد أربعة .

محمد اعلم أن المسألة من المسائل التي يتسع فيها المقال ، ويتفرع فيها السؤال، ويدق فيها الفقه ، سحنون هي من حسان المسائل ، وقل من يعرفها، أو هي في أكثر الكتب صواب، وفي بعضها خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها فاعلم أنه لما حبس على ولده وولد ولده وحمله الثلث كان حبساً على غير وارث وهو ولد ولده وعلى وارث وهو ولده فلم نقدر على إبطال ما للولد إن شاءه بقية الورثة ، لأن فيه حقاً لغير الوارث وهو ولد الولد وما يتناسل من الأعقاب ، فلم يكن بد من إيقاف ذلك على معاني الإحباس إلا أن ما صار منه بيد ولد الأعيان يقاسم فيه بقية الورثة من أم وزوجة وغيرهم إن لم يجيزوا فيدخلون في تلك المنافع ، إذ لا وصية لوارث .

ابن شاس وما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس . ابن يونس عن سحنون وابن المواز يقسم بين الاولاد وأولاد الأولاد بالسوية إذا كانت حالتهم واحدة ، وإلا فعلى قدر الحاجة . ابن القاسم الذكر والانثى فيه سواء . في البيان وهو المشهور . طفي أي قول سحنون ومحمد وذلك أن ابن القاسم قال في سماع عيسى يقسم بين أعيان الولد وولد الولد ذكرهم وأنثاهم على عددهم للذكر مثل حظي الانثى ، فقال ابن رشد يقسم الحبس بينهم أسباعاً إن استوت حالتهم على المشهور من مذهب ابن القاسم ، أو استوت أو لم تستو على ظاهر هذه الرواية ، وهو مذهب ابن الماجشون . ابن رشد وقول سحنون هو الصواب أن ينظر كم ولده وكم ولد ولده ، فإن كان ولده ثلاثة وولد ولده ثلاثة أيضاً وحالهم واحد قسم الحبس على ستة أسهم ، فقيل إنه تفسير لقول ابن القاسم ، وقيل إنه

خلاف له إذ قال يقسم على عددهم ولم يشترط تساوي أحوالهم ، وقد قيل إن ابن القاسم فرق في التحبيس في المرض لكونه بمعنى الوصية ، فرأى أن لا يفضل فقيرهم على غنيهم ، بخلاف من حبس في صحته .

واتفق ابن القاسم وسحنون على أن لا يفضل الولد في هذه المسألة على ولد الولد ، وهذا خلاف ما في المدونة من قول ابن القاسم ، وروايته عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما . ابن عرفة في قسمه بالسوية مطلقاً وإن استوت حالتهم نقل ابن رشد عن ظاهر سماع عيسى . ابن القاسم مع ابن الماجشون ومشهور قول ابن القاسم اهـ ، هذا تحرير النقل في المسألة والله الموفق .

(وانتقض القسم) للوقف على الاولاد وأولاد الاولاد السبعة (بـ) سبب (حدوث ولد لهما) أي الاولاد وأولاد الاولاد اتفاقاً ، سواء كان من جانب أو من جانبين ، وتصير القسمة في الأول على ثمانية ، وفي الثاني على تسعة ، وكذا إن حدث أكثر . وشبه في النقض فقال (كموته) أي واحد من أحد الجانبين فأكثر فينتقض القسم ويقسم على ستة (على الأصح) من الخلاف عند بعض المتأخرين غير الاربعة الذين قدمهم المصنف ، فإن كان من ولد الاعيان أخذ ولد الولد ثلثي الستة والباقيان من ولد الاعيان الثلث وقسماعلى ورثة الواقف ، فتأخذ أمه سدسها وزوجته ثمنها ، ويقسم باقي السهمين على ثلاثة للولدين الباقيين سهمان ويحيا الميت بالذكر ، وما نابه فلورثته أيا كانوا على الفرائض موقوفاً بايديهم وتدخل فيه زوجة الواقف إن كانت أمه . ابن يونس فيصير بيد ولد الولد نصيب بمعنى الوقف من جده في القسم الاول والثاني ، ونصيب بمعنى الميراث من أبيه ، وكذا ينتقض القسم لو مات ثان فيقسم على خمسة . وإن مات الثالث صار الجميع لولد الولد حبساً وإن كان الميت من ولد الولد صار لولد الاعيان النصف ، ولولد الولد النصف .

ابن يونس اختلف إن مات واحد من ولد الاعيان ، فقال ابن القاسم وابن المواز وسحنون ينتقض القسم كما ينتقض لحدوث ولد لولد الأعيان أو لولد الولد ، ويقسم جميع

الحبس على عدد بقية الولد وولد الولد ، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس ، وما صار لولد الأعيان فيأخذ الحيان سهميهما وورثة الميت منهم سهمه تدخل فيه أمه وزوجته إن كان له زوجة وولده وهو أحد ولد الولد ، فيصير لولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده في القسم الأول والثاني ونصيب بمعنى الميراث ، وعلى ما روى عيسى عن ابن القاسم لا ينتقض القسم .

ابن عرفة ودخلت الأم والزوجة على ولد الأعيان فيما صار لهم بحظيهما إرثاً ، فإن مات أحد ولد الأعيان تعلق بحظه حق ولد الولد لوجوب صرف كل حبس على عدد عند موت بعضه على من بقي ، وفي صرفه لهم بنقض القسم الأول وقسمه على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد ليقسم حظهم بمقتضى إرثهم والميت معهم مقدرة حياته يستحق وارثه حظه من ذلك ، وتدخل الأم والزوجة عليهم بحظيهما كما مر أو بلقائه ويقسم حظ الميت مردوداً اليه سدسه وثمنه كذلك نقلا الصقلي عن سحنون مع محمد ويحيى عن ابن القاسم ، وظاهر سماع عيسى ابن القاسم وبه فسر الشيخ الصقلي .

وقول سحنون في المجموعة بضم ولد الأعيان ما صار لهما من قسم سهم الميت عليهما مع ولد الولد للسدسين اللذين بأيديهما مردود اليهما ما أخذه الأم منهما ، والزوجة يخرج من كل ذلك لهما سدسها وثمنها ، ويقسم الباقي عليهما مع الميت مقدرة حياته ، وحظه لوارثه عائد إلى نقض القسم .

الشيخ ولا يختلف معنى نقض القسم من بقائه بالنسبة إلى الأم والزوجة وولد الولد إنما يختلفان بالنسبة لولد الأعيان وولد الميت ، وبيانه يقسم الحبس بموت الجد على أنه فريضة صحت من القسمين ومائة وستين لكل من ولد الأعيان وولد الولد سدسها ثلاثمائة وستون للزوجة ثمن ما بيد كل واحد من الولد جميعه مائة وخمسة وثلاثون ، وللأم سدس ما بيد كل من الولد جميعه مائة وثمانون ، فان مات أحد الأولاد ردت اليه الزوجة ما أخذت منه ، وذلك خمسة وأربعون وترد الأم اليه ستين فيعود السدس على ما كان فيقسم على خمسة اثنان وسبعون لكل واحد من ولد الولد وولد الأعيان ، فتأخذ الأم سدس ما بيد كل

واحد من ولدي الأعيان ، وذلك اثنا عشر والزوجة ثمنه تسعة يبقى لكل واحد أحد وخمسون جميع ذلك مائه وسهان يأخذ كل ثلثه أربعة وثلاثين ، ولوارث الميت مثل ذلك ، فيصير لكل واحد منهما مائتان وتسعة وثمانون [1] وللزوجة مائة وثمانية ، وللأم مائة وأربعة وأربعون ، ولكل واحد من ولد الولد أربعمائة واثنان وثلاثون ، هذا على بقاء القسم وعلى نقضه يقسم ذلك على خمسة خمسه أربعمائة واثنان وثلاثون، وكذلك كان لكل واحد من ولد الولد في القسم الأول ، ثم تأخذ الزوجة من كل واحد من ولدالأعيان ثمن ما بيده وهو أربعة وخمسون يجتمع لها مائة وثمانية ، وهو ما كان لها في القسم الأول، وللأم سدس ما بأيديهما مائة وأربعة وأربعون ، وهو ما كان لها في القسم الأول ، ثم الباقي بيد ولد الأعيان ستمائة واثنا عشر ثلثها لورثة الميت مائتان وأربعة فزادهم نقض القسم على بقائه مائة وسبعين ، لأنه إنما كان لهم أربعة وثلاثون ، هذه الزيادة كانت عند عميها ونقص كل واحد منهما خمسة وثمانين مما كان بيده في القسم الأول ، فالذي نقصهما هو ما زاد ورثة أخيهما ، وهذا أشبه لوجوب مساواة حق الميت لحقيهما فيما يستحقانه بالإرث .

قلت هذا الكلام بطوله المطلوب به بيان اختلاف قدر ما يجب لورثة الميت من ولد الأعيان ، والباقي منهم على نقض القسم وبقائه وإدراكه بأخصر من هذا ، واضح لأن الواجب لورثة الميت منهم على نقض القسم ثلث خمسي المال ، وعلى بقائه ثلث خمسي سدسه والمال أكثر من سدسه ضرورة ، أن الكل أعظم من جزئه ، وأن جزء الأصغر من قدر السمي لجزء الأكبر أصغر من جزء الأكبر ، واختلاف حال الوارث ملزوم لاختلاف حال ولد الأعيان لاتحاد حال من سواهم ، فيهما ضرورة مساواة الجزء المأخوذ من كل لمجموع الاجزاء السمية له من كل اجزائه كثمانية وأربعين ثمنها وسدسها كثمني أربعة وعشرين وسدسيها .

---

[1] (قوله مائتان وتسعة وثمانون) إذ أصل ما لكل واحدثلاثمائة وستون خرج منها للزوجة خمسة وأربعون ، وللأم ستون ، ومجموعها مائة وخمسة فالباقي مائتان وخمسة وخمسون زيد عليه أربعة وثلاثون ، فاجتمع مائتان وتسعة وثمانون .

ابن دحون قوله إن مات أحد ولد الاعيان قسم حظه فذكره ما تقدم من قسمه على القول بعدم نقض القسم الاول ، هذا غلط ، والواجب رد الورثة كل ما بايديهم ، وذكر ما تقدم في معنى نقض القسم . ابن رشد قال ابن دحون هذا لانه تأول قول ابن القاسم على رد جميع ما بيد الميت من ولد الاعيان، ويضاف له ثلث سدس الام وثلث ثمن الزوجة فيصير سبعاً تاماً ، ويقسم على ما ذكر في السماع ، ولذا قال قوله يقسم الجزآن غلط، بل يرد الورثة كل ما بايديهم إلى الجزأين ، ويقسم ذلك على فرائض الله تعالى كما تأوله التونسي على المدونة ، وهو تأويل غلط تفسد به المسألة .

والذي يصح حمل المدونة عليه أنه لا يؤخذ من الميت من ولد الأعيان كل ما بيده إنما يؤخذ سهمه الذي صار من السبعة الأجزاء حين قسم الحبس على ولد الأعيان، وعلى ولد الولد مما بيده ومما بيد الباقين من ولد الاعيان ، ومما بيد الام والزوجـة اللتين كانتا داخلتين على ولد الاعيان، فيؤخذ مما بيد كل واحد ثلثه، لان ولد الاعيان ثلاثة فيكمل السبع على هذا، فيقسم على الباقين من ولد الاعيان وولد الولد ، ومناب ولد الاعيان منه يقسم عليهما مع الميت من ولد الاعيان وعلى الام والزوجة كما تقدم ، فتساووا على هذا في قـدر مواريثهم كتساويهم في نقض القسم .

قلت قوله إنما يؤخذ سهمه الصائر له من السبعة الاجزاء إلى آخره ، كذا وجدته في غير نسخة ، وظاهر أخذ كل ما بيده لانه الصائر له من قسم السبعة الاجزاء وهو ضاف للمعنى الذي صوبه ، ولنص قوله بعد فيؤخذ من كل ما بيد كل واحد ثلثه الخ ، ولو قال إنما يؤخذ منه الصائر له من السهم السابع من السبعة الاجزاء الخ لكان واضحاً. وحاصله أنه يؤخذ مما بيد كل واحد من ولد الاعيان ميتهم وحيهم والام والزوجة الجزء السمى لعدد ولد الاعيان لانه الصائر لكل منهم من السهم الذي بان بموت أحد ولد الاعيان استحقاق ولد الولد فيه حقاً مع الباقين من ولد الاعيان بمقتضى التحبيس على عددهم .

الصقلي سحنون في المجموعة إنما هذا في الثمار وشبهها من الغلات يقسم عند كل غـلة على من وجد حينئذ من ولد الأعيان وولد الولد ، ثم يقسم حظ ولد الأعيان على الفرائض، فأما

يسكن من دار أو يزرع من أرض فلا بد من نقض قسمه . الصقلي هذا إنما يصح على قول من لا يرى نقض القسم . الصقلي وقول سحنون في المجموعة كنقض القسم سواء فانظره . قلت قوله إنما يصح على قول من لا يرى نقض القسم ، لأن حاصل قول سحنون الذي قرره في الثمار هو نفس نقض القسم، فكيف يتصور صحته على عدمه، ويمكن تقرير قول سحنون على الصواب بأن معنى قوله وهذا إنما يصح يريد به بقاء الربع المحبس بينهم بعد موت أحد ولد الأعيان على ما كان عليه قبل موته إذا كان المقسوم بينهم غلة الربع كدار وشبهه، يريد ككراء الدور ونحوها . أما إن كان المقسوم بينهم نفس الربع كدار السكنى لهم وأرض الزرع لهم فلا بد من نقض قسمه ، يريد فلا بد من تحويله عن حالته في قسمه بينهم بموت أحد ولد الأعيان ، فلا يبقى على ما كان عليه بينهم لأن الصائر لكل أحد حيث المقسوم بينهم الغلة لا تختلف الأغراض فيه لتعدد قسمه ، فوجب بقاء الربع المحبس على حاله والصائر لكل منهم حيث المقسوم بينهم الربع نفسه تختلف الأغراض فيه في تعدد قسمه، فوجب نقضه عن بقاء حالته قبل موت أحد ولد الأعيان .

ابن رشد قوله في هذا السماع أن القسم لا ينتقض بموت من مات وإنما يقسم حظه معناه إن كان يُقسم خلاف ظاهر سماع يحيى. ابن القاسم ينتقض كله كما إذا زاد ولد الولد وإن لم ينقسم حظ من مات من الولد أو ولد الولد انتقض كل القسم من أصله اتفاقاً ، كما ينتقض كذلك إذا زاد ولد الولد وسماع يحيى ليس بمخالف لسماع عيسى فيما يخرجه القسم لكل واحد في قلته وكثرته وإنما اختلفا في صفة العمل وسماع يحيى أولى لما في ترك القسم من التشعب والعناء بما لا فائدة فيه ، وفي سماع عيسى المذكور ما صار لورثة الميت من ولد الأعيان يستمتعون به ما عاش واحد من ولد الأعيان .

ابن رشد فيه نظر ، إذ لا يستمتعون بجميعه ما عاش واحد من ولد الأعيان كما قال ، لأنه إن مات واحد من أعيان الولد بعد ذلك وجب أن يردوا مما صار لهم ما يجب من ذلك الولد ، وإنما يستمتع كل من صار بيده من الورثة شيء من الحبس بجميع ما صار له ما

لاَ الزَّوْجَةِ وَالأُمِّ ، فَيَدْخُلاَنِ ، وَدَخَلاَ فِيمَا زِيدَ لِلْوَلَدِ بِحَبَسْتُ وَوَقَفْتُ ، وَتَصَدَّقْتُ ، إِنْ قَارَنَهُ قَيْدٌ ، أَوْ جِهَةٌ لاَ تَنْقَطِعُ ، أَوْ لِمَجْهُولٍ وَإِنْ حُصِرَ

بقى واحد من ولد الأعيان إن مات جميع ولد الولد فرجع جميع الحبس للولد ، وفي السماع المذكور سئل عنها سحنون فقال هذه من حسان المسائل قل من يعرفها ، وهي لابن القاسم في غير موضع ، فهي في بعض كتبه خطأ ، وفي بعضها صواب والصواب فيها أكثر ، والله أعلم .

(لا) ينتقض القسم بموت (الأم والزوجة) ولا بموت أحدهما ، ويكون بيد من مات منهما وقفاً لورثتهما وكذا موت وارثهما ما دام أولاد الأعيان أو أحدهم ، فإن ماتوا جميعاً رجع ما بيد الأم والزوجة أو وارثهما لولد الولد وقفاً فيها لو ماتت الأم او الزوجة صار ما بيدها لورثتها موقوفاً ، وكذلك يورث ذلك عن وارثها أبداً ما بقي أحد من أولاد الأعيان (ودخلا) أي الأم والزوجة (فيما زيد ل) جنس (الولد) للواقف بسبب موت واحد من ولد الولد وانتقاض القسمة وصيرورة النصف لأولاد الأعيان فينقسم بينهم وبين الأم والزوجة بحسب الفرائض ، وكذا إن مات أكثر ، وإذا لم يبق أحد من ولد الولد انتفع أولاد الأعيان بالوقف انتفاع الملك ، ويدخل معهم الأم والزوجة . ابن يونس هذا هو الصحيح . التنوسي هو الصواب ، قوله انتفاع الملك ، أي يشبهه وليس ملكاً حقيقة .

وأشار للصيغة التي هي أحد أركان الوقف فقال معلقاً لها بقوله أول الباب صح وقف عندابن رشدوقال غيره لايقتضيه إلا بها (و) بـ (وقفت) بفتح الواو والقاف مخففاً وهذا يقتضي التأبيد بلاقرينة مملوك (بحبست) بفتح الحاء المهملة والموحدة مخففة ومثقلة ، وهو يقتضي التأبيد بلا قرينة اتفاقاً عند عبدالوهاب وأجرى غيره فيه الخلاف من حبست (أو) بـ (تصدقت) وهذا يقتضي التأبيد (إن قارنه) أي تصدقت (قيد) كلا يباع ولا يوهب (أو) قارنه (جهة لا تنقطع) كتصدقت على الفقراء أو المساكين أو ابناء السبيل أو طلبة العلم أو المساجد (أو) وقف بتصدقت (لـ) فريق (مجهول وإن حصر) بضم الحاء وكسر الصاد المهملين

واوه للحال ، وان صلة مؤكدة كفلان وعقبه ، فإن تجرد تصدقت عما ذكر فـلا يقتضي التأبيد على إحدى روايتين ذكرهما ابن الحاجب .

ابن رشد للتحبيس ثلاثه الفاظ حبس ووقف وتصدق ، فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد لا يفترقان في وجة من الوجوه . وأما الصدقة فإن قال داري صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم ، فانها تباع ويتصدق بثمنها على من ذكر بالإجتهاد إلا إذا قال صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبساً عليهم للسكنى أو الاستغلال ، ولا تباع . ابن الحاجب لفظ تصدقت إن اقترن به ما يدل من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد وإلا فروايتان . وفيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من تصدق بدار له على رجل وولده ما عاشوا ولم يذكر لها مرجعاً إلا صدقه هكذا إلا شرط فيها فهلك الرجل وولده ، فانها ترجع حبساً على فقراء أقارب الذي حبس ولا تورث .

عياض إن قال مكان حبس أو وقف صدقة ، فان عينها لمجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كملى ولد فلان أو فلان وولده فاختلف فيه ، فقال الإمـام مالك رضي الله تعالى عنه هو حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس ، سواء قال ما عاشوا أم لا ونحا له في الكتـاب ، وإن جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين ، فهي ملك لهم تقسم عليهم إن كانت مما تنقسم أو بيعت وقسم ثمنها عليهم أو أنفق فيما يحتاج اليه ذلك الوجه المجهول ، ويتعين المجهول هنا باجتهاد الناظر في الحكم ووقته فلا يلزم تعميمهم ، إذ لا يقدر عليه ولا هو مقصد المحبس ، وإنما أراد الحبس اهـ « ق » فقد تبين بهذا أنـه لا واو قبل قوله إن حصر .

طفي اعلم أن المصنف لم يسلك طريق ابن شاس وابن الحاجب ، وذلك أنهما جريا على ما لعبد الوهاب أن لفظ وقفت يقتضي التـأبيد بمجرده دون حبست وتصدقت . ابن شاس لفظ وقفت يفيد بمجرده التحريم ، وأما الحبس والصدقة ففيهما روايتان، وكذلك ضم أحدهما للاخر فيه خلاف أيضاً إلا أن يريد بالصدقة هبة الرقبة ، فيخرج عن هـذا

ابن الحاجب لفظ وقفت يفيد التأبيد وحبست وتصدقت إن اقترن به ما يدل عليه من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد وإلا فروايتان ، فقدم المصنف حبست على وقفت وذلك عدول منه عما قالاه وميل منه لقول ابن رشد ، فلا بد من رجوع القيد للثلاثة كما قال الحط ، إذ لو أراد أنه خاص بالحبس والصدقة لأخرهما عن لفظ وقف . وأما تقرير تت بأنه خاص بتصدقت ففيه نظر ، وإن وافقه عليه غيره ، إذ لا فرق بين تصدقت وحبست كما علمت .

ابن عرفة الباجي لفظ الصدقة إن أراد به تمليك الرقبة فهي هبة ، وإن أراد به معنى الحبس فهو كلفظه . قلت بقي عليه إن لم يرد به أحدهما ا ه . قلت تقدم في كلام ابن شاس أنها محمولة على الحبس إلا أن يريد بها هبة الرقبة ، فتحصل أن التفصيل الذي ذكره المصنف يجري في الصدقة والحبس والوقف ولا يعارضه ما يأتي من قوله وصدقة لفلان فله لحمله على إرادة تمليك الرقبة ، وما هنا على عدم إرادة ذلك، أو قال يستغلونها مثلا . ابن رشد والصدقة على غير معينين كداري صدقة ، ولا محصورين كهذه على المساكين يسكنونها أو يستغلونها حبس لا تباع ، ولا توهب وعلى محصورين غير معينين كداري صدقة على فلان ، وعقبه في رجوعها بانقراضهم كالمحبس أو لآخر العقب ملكا ثالثها هي عمرى تورث بذلك على ملك معطيها ا ه ، فافهم هذا المحل فانه مزلة إقدام .

البناني رجوع القيد للثالث فقط هو الراجح على ما أفاده في ضيح ، وذكره الحط ، والذي يتحصل من كلامه في ضيح أن الراجح من المذهب إن حبست ووقفت يفيد أن التأبيد سواء أطلقا أو قيدا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك إلا في الصورة الآتية ، وذلك إذا ضرب للوقف أجلا فقال حبس عشر سنين أو خمسا ونحو ذلك ، أو قيده بحياة شخص كحبس على فلان مدة حياته أو على جماعة معينين مدة حياتهم ، فانه يرجع بعد موتهم ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته إن كان ميتا ، نص عليه اللخمي والمتيطي ، قالا ولا خلاف في هذين الوجهين . وأما لفظ الصدقة فلا يفيد التأبيد إلا إذا

ورَجعَ ، إنِ انقطَعَ لِأقرَبِ فُقَراء عَصَبَةِ المُحبَّسِ، وامْرأة لو رُجِّلَتْ عَصبَ،

فارنه قيد اهـ ، وهذا خلاف ما قاله الحط أول تقريره من أن القيد يرجع للثلاثة ، وخلاف ما لابن شاس وابن الحاجب من رجوعه لحبست وتصدقت فقط ، وقد جزم طفي بحمل كلام المصنف على ما في أول كلام الحط ، وما تقدم عن ضيح يرده ، وليس فيما نقله طفي عن ابن رشد ما يدل لما زعمه ، والله أعلم .

(ورجع) الحبس المؤبد (إن انقطع) ما حبس عليه (لأقرب فقراء عصبة المحبس) يوم الرجوع على المشهور ، ولا يشاركهم أغنيـاؤهم ، ولو أخذ فقراؤهم منه ما صاروا به أغنياء وفضل فهو لهم . وقيل لغيرهم من الأغنيـاء (و) لـ (امرأة) فقيرة قريبة للواقف (لو رجلت) بضم الراء وكسر الجيم مثقلة ، أي فرضت رجلاً (عصب) بفتحات مثقلاً ، أي كان عاصباً كالبنت والأخت وبنت الأخ والعمة وبنت العم وبنت المعتق لا الخالة وبنت البنت والجدة لأم ، فان لم يكن له قريب رجع للفقراء . ابن الحاجب إذا لم يتأبد رجع بعد انقطاع جهته ملكاً لمالكه أو وارثه ، وإذا تأبد رجع إلى عصبة المحبس من الفقراء ، ثم للفقراء من سماع ابن القاسم من حبس على معينين ثم على أولادهم من بعد انقراض جميعهم فوجب أن يكون حظ من مات منهم لأولاده لا لأخوته ، بخلاف لو حبس على معينين ثم على غير أولادهم ففيه ثلاثة أقوال في المدونة .

ابن عرفة فيها إن قال حبس عليك وعلى عقبك قال مع ذلك صدقة أم لا ، فانها ترجع بعد انقراضهم لأولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصبة ذكورهم وأناثهم ، سواء يدخلون في ذلك حبساً ولو لم تكن إلا ابنة واحدة كانت لها حبساً لا يرجع إلى المحبس ، ولو كان حياً وهي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء ، فان كانوا كلهم أغنيـاء فهي لأقرب الناس بهم من الفقراء .

ونصها عند ابن يونس مالك «رض» من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده وولد ولده ، أو قال على ولدي ولم يجعل لها موضعاً فهي موقوفة لا تبـاع ولا

توهب وترجع بعد انقراضهم على أولى الناس بالمحبس يوم المرجع ، وإن كان المحبس حياً قيل لابن المواز من أقرب الناس بالمحبس الذين يرجع اليهم الحبس بعد انقراض من حبس عليهم ، قال قال مالك «رض» على الأقرب من العصبة ومن النساء من لو كانت رجلا كانت عصبة للمحبس فيكون ذلك عليهم حبساً .

قال مالك «رض» ولا يدخل فيه ولد البنات ذكراً كان أو أنثى ولا بنو الأخوات ولا زوج ولا زوجة . ابن القاسم إنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والأخوات أنفسهن شقائق كن أو لأب، ولا يدخل الأخوة والأخوات لأم. محمد واختلف في الأم فقال ابن القاسم تدخل في مرجع الحبس . قلت فإن كان ثم من سميت من النساء وثم عصبة معهن والنساء أقرب . ابن القاسم مالك «رض» يدخلون كلهم إلا أن لا يكون سعة فليبدأ بإناث وذكور ولده على العصبة ، ثم الأقرب فالأقرب ممن سميت، وكذلك العصبة الرجال يبدأ بالأقرب فالأقرب ، وإذا لم يكن إلا النساء كان كله لهن على قدر الحاجة إلا أن يفضل عنهن .

محمد أحسن ما سمعت أن ينظر إلى حبسه أول ما حبس، فإن كان إنما أراد المسكنة وأهل الحاجة جعل مرجعه لذلك على من يرجع ، فإن كانوا أغنياء فلا يعطون منها ، وإن كان إنما أراد مع ذلك القرابة وأثرتهم رجع عليهم ، وأوثر أهل الحاجة إن كان فيهم أغنياء قاله مالك (رض) وإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس بهؤلاء الأغنياء إذا كانوا فقراء . محمد فإن لم يكن فيهم فقير ردت اليهم إذا استووا في الغنى ، وكان أولاهم فيها الأقرب فالأقرب والذكر والأنثى سواء في المرجع ، فإن اشترط أن للذكر مثل حظ الأنثيين فلا شرط له ، لأنه لم يتصدق عليهم ، ألا ترى أنه لو لم يكن أقعد به يوم المرجع إلا أخت أو ابنة لكان لها وحدها، وكذلك إذا كان معها ذكر كان بينهما شطرين .

(فان ضاق) الحبس الراجع لأقرب فقراء عصبة المحبس ولامرأة رجلت عصبب عن العصبة والبنات (قدم) بضم فكسر مثقلا (البنات) على العصبة . محمد فإن كان ثم من

سميت من النساء وهن أقرب . ابن القاسم مالك «رض» يدخلون كلهم إلا أن يكون سعة فليبدأ بأناث ولده على عصبته ثم الأقرب فالأقرب (و) إن وقف (عـــلى) شخصين (اثنين) معينين كزيد وعمرو أو هـذين (وبعدهما) أي الاثنين يكون وقفاً (على الفقراء) يكون (نصيب من مات) من الإثنين (لهم) أي الفقراء لا لرفيقه، هذا اختيار ابن رشد .

ابن الحاجب لو حبس على زيد وعمرو ثم على الفقراء فمات أحدهما فحصته للفقراء إن كانت غلة ، وإن كانت كركوب دابة وشبهة فروايتان. ابن عرفة تؤخذان من قولي مالك فيها من حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه ومات أحدهم قبل طيب الثمرة فجميعها لبقية أصحابه ، وإن لم يلوا عملها ، وإنما تقسم الغلة عليهم فنصيب الميت لرب النخل ، ثم رجع مالك رضي الله تعالى عنه إلى رد ذلك لمن بقي ، وبهذا أخذ ابن القاسم .

قلت ففي نقل حظ معين من طبقة بموته لمن بقي فيها أو لمن بعدها القولان بالأول أفتى ابن الحاج ، وبالثاني أفتى ابن رشد وألف كل منهما على صاحبه . تت البساطي هـــذا اختيار ابن رشد وهو الحق ، فإن قوله وبعدهما يحتمل أنه أراد به بعد كل واحد منهما يحتمل أنه أراد به بعدهما معاً والأول أرجح من وجهين ، أحدهما احتياج الثاني الى مقدر يتوقف عليه معناه ، أي بجموعهما بخـــلاف الأول ، والثاني أن بعدية الميت أولاً لم تفد شيئاً فلا حاجة الى جمعهما في الضمير، وظاهر كلام المصنف كان الحبس مما يتجزأ بالقسمة كغلة الحائط أو لا كركوب دابة وسكنى دار ، وهو كذلك على إحـدى الروايتين ، والأخرى ان تجزأ صرف للفقراء وإن لم يتجزأ فلرفيقه . ابن عبـد السلام وقد كثر فيها اضطراب المتقدمين ، وكـــذا بين فقيهين . ابن رشد وابن الحاج وألف كل منهما على صاحبه .

ابن عرفة من حبس على فلان ثم على عقبه من بعده [1] وعقب عقبه ، ففي دخول

---

(١) (قوله ابن عرفة من حبس على فلان ثم على عقبه من بعده الخ) نص ابن عرفه عقب وألف كل منهما على صاحبه ابن رشد من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ما نصه وفيها معنى ينبغي أن يوقف عليه وهو قوله ان هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم فحظه لولده وهو قد حبس عليهم ثم على أولادهم من بعدهم، اذ لا يقتضي قوله ثم على أولادهم أن لا يدخل ولد من مات منهم في الحبس حتى يموتوا كلهم ، لأن قوله ذلك يحتمل أن يريد به ثم على أعقابهم من بعد انقراض جميعهم ، وان يريد ثم على أعقاب من انقرض منهم الى أن ينقرضوا جميعهم لا حتمال اللفظ المعنيين معاً بالسوية .

وكذا في عطف كل جمع يجوز أن يعبر به عن كل واحد من الوجهين وهو بين من قوله تعالى ﴿ كيف تكفرون بالله وكنتم أمواتاً فأحيا كم ثم يميتكم ثم يحييكم ﴾ ٢٨ البقرة ، لأنه قد علم أنه تعالى أراد بقوله ﴿ فأحيا كم ثم يميتكم ﴾ أنه أمات كل واحد منهم بعد ما أحياه قبل أن يحيي بقيتهم، وأنه تعالى أراد بقوله ﴿ ثم يحييكم ﴾ أنه لا يحيى واحداً منهم حتى يميت جميعهم والصيغة واحدة ، فلولا أن كل واحدة منهما محتملة للوجهين لما صح أن يريد بالواحدة غير ما أراد بالأخرى ، وهذا أبين من أن يخفى، فاذا كان قوله على أولاده الخ محتملاً للوجهين وجب أن يكون حظ من مات منهم لولده لا يرجع على أخوته ، لأن ما هلك عنه الرجل ولده أحق به من أخوته ، فترجح بذلك أحد الاحتمالين، لان الأظهر من نص المحبس أن ذلك بينهم على سبيل الميراث ، فقال على أعقابهم فلا يدخل الولد مع والده في الحبس حتى يموت والده ، ولو أراد أن لا يدخل الولد حتى يموت والده وجميع أعمامه المحبس عليهم معاً لقال ثم على أولادهم من بعد انقراض جميعهم ، ولا اختلاف أعلمه في هذه المسألة نصاً .

ولابن الماجشون في الواضحة ما ظاهره خلاف هذا ، وهو محتمل للتأويل، وذهب ←

عقب العقب مع العقب لعطفه عليه بالواو وكونه بعده على الترتيب لأجل تقديم العطف يتم فتوى ابن القاسم وأصبغ وابن الحاج مع ابن رشد .

واحترز المصنف عما لو قال هو وقف على فلان وعقبه أو على بني تميم ، فانه إن بقي واحد منهم فله الجميع . عج يؤخذ من هذا أن قوله تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى ، معناه أن كل أصل يحجب فرعه فقط دون فرع غيره ، ويجري هذا أيضاً في الترتيب بين الأصول وفروعهم نحو على أولاد فلان ثم أولاد أولاده ، وهذا حيث لم يجر عرف بخلافه وإلا عمل به ، لأن ألفاظ الواقف تبنى على العرف .

البناني بهذا افتى ابن رشد ، وخالفه عصريه ابن الحاج وحاصله أنه إذا مات واحد من الطبقة العليا عن أولاد ، فقال ابن رشد يكون حظه لأولاده بنـــاء على أن الترتيب في الوقف باعتبار كل واحد وحده ، أي على فلان ، ثم ولده وعلى فلان ثم ولده وهكذا ،

← بعض فقهاء زمننا الى أن الولد لا يدخل في الحبس بهذا اللفظ الا بموت أبيه وجميع أعمامه ، قال لأن ثم تقتضي الترتيب في اللسان العربي دون خلاف ، وتعلق بظاهر قول ابن الماجشون في الواضحة ولا تعلق به لاحتماله فقوله خطأ صراح بما بيناه ، وانما يختلف المذهب ان حبس على قوم معينين ثم صرف الحبس من بعدهم الى غير أولادهم من وجه آخر فجعل مرجعه اليهم بعدهم على ثلاثة أقوال قائمة من المدونة فيمن حبس حائطه على قوم معينين فمات بعضهم وبالحائط ثمر لم يؤبر أحدها رد حظ الميت للمحبس، والثاني رده الى بقيتهم ، والثالث ان كان الحبس تقسم غلته كالثمرة يرجع حظ الميت للوجـــه الذي جعل المحبس المرجع اليه بعدهم ، وان كان لا تنقسم غلته كالعبد يختدمونه والدار يسكنونها والحائط يلون عمله يرجع حظ الميت الى بقيتهم ، ثم قال ابن عرفـــة فمن حبس على فلان ثم على عقبه من بعده وعقب عقبه ففي دخول عقب العقب مع العقب لعطفه عليه بالواو، وكونه بعده في الترتيب لأجل تقدم العطف بثم فتوى ابن القاسم وأصبغ وابن الحاج مع ابن رشد .

إلاَّ كعَلَى عشرَة حَياتهمْ ، فَيُمْلكُ بَعْدَهُمْ . وفي كقنْطَرَة ، ولَمْ يُرْجَ عَوْدُها في مِثْلِها ، وإلاَّ وُقِفَ لَها

فكل من مات انتقل حظه لولده ، فكل واحد من الطبقة العليا إنما يحجب فرعه دون فرع غيره ، وقال ابن الحاج بل يكون حظ من مات من العليا لبقية أخوته بناء على أن الترتيب باعتبار المجموع ، أي لا ينتقل للطبقة الثانية حتى لا يبقى أحد من الطبقة الأولى ، والله أعلم .

واستثنى من قوله ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس فقال (إلا) إذا وقف على عدد محصور وحد وقفه عليهم بمدة صريحاً أو تلويحاً (ك) وقف (على) أشخاص (عشرة) مثلاً عينهم وسماهم أو قال هؤلاء (حياتهم) أو ما عاشوا ، فلا يكون مؤبداً . ويقسم بينهم بالسوية ، ومن مات منهم فنصيبه لباقيهم ولو واحداً وإن ماتوا جميعاً (فيملك) بضم التحتية وسكون الميم وفتح اللام الوقف ، أي يملكه الواقف ان كان حياً أو وارثه ان كان ميتاً (بعدهم) أي العشرة . اللخمي ان قال حبس على هؤلاء النفر وضرب أجلا أو قال حياتهم رجع ملكاً اتفاقاً ، واختلف ان لم يسم أجلا ولا حياة . أبو عمر من حبس على رجل بعينه ولم يقل على ولده ولا جعل له مرجعاً ، فاختلف فيه عن الامام مالك رضي الله تعالى عنه أصحابه المدنيون بأنه يرجع الى ربه ملكاً ، والمصريون برجوعه لأقرب فقراء عصبته حبساً .

(و) الا أن يقف (في) مصالح (كقنطرة) ورباط ومسجد وسبيل ماء فانهدمت و (لم يرج) بضم فسكون ففتح (عودها) أي رجوع القنطرة فيصرف الوقف على مصالحها (في) مصالح (مثلها) يحتمل الى مثلها في النوع ، أي قنطره ، ويحتمل في الجنس من حيث النفع العام كمسجد ورباط وسبيل وهما قولان (والا) أي وان رجى عودها (وقف) بضم فكسر ، أي أخر الوقف (لها) أي القنطرة ، ولا يرجع الى فقراء عصبة الواقف . عياض ان جعل حبسه على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أوفى ، وقيد مسجد كذا أو اصلاح قنطرة كذا ، فحكمه حكم الحبس المبهم يوقف على التأبيد ، ولا

وَصَدَقَةٌ لِفُلاَنٍ فَلَهُ ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ فُرِّقَ ثَمَنُهَا بِالْإِجْتِهَادِ . وَلاَ يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ . وَحُمِلَ فِي الْإِطْلاَقِ عَلَيْهِ ؛

يرجع ملكاً ، فان تعذر ذلك الوجه لجلاء أهل البلد أو فساد موضع القنطرة حتى علم أنها لا يمكن أن تبني وقف ان طمع بعوده الى حاله أو صرف في مثله .

وسئل ابن علاق عن حبس على طلاب العلم الغرباء فلم يوجد غرباء ، فقال ان لم يوجد غرباء يدفع لغير الغرباء ، ويشهد لهذا مسائل المذهب منها فتيا سحنون في فضل زيت المسجد أنه يوقد منه في مسجد آخر ، وفتيا ابن دحون في حبس حصن يغلب العدو عليه يدفع في حصن آخر ، قال وما كان لله تعالى واستغنى عنه يجوز جعله في غير ذلك الوجه مما هو لله تعالى ، وفتوى ابن رشد في فضل غلات مسجد زائدة على حاجته أن يبنى منها مسجد تهدم ، وقال ابن عرفة شبيه المصرف مثله ان تعطل . ابن المكوى يجتهد القاضي فيه .

(و) من قال داري مثلا (صدقة لفلان) ولم يذكر قرينة التأبيد (ف) هي ملك (له) أي فلان (أو) قال صدقة (للمساكين) مثلا كذلك ، فهي ملك لهم فتباع و (فرق) بضم فكسر مثقلا (ثمنها) أي الذات المتصدق بها عليهم (بالاجتهاد) من الوصي ولا يلزم تعميمهم لتعذره ، ولأنه لم يرده المتصدق . عياض ان قال مكان كذا حبس أو وقف صدقة ، فان عينها لشخص معين فهي ملك له ، وان قال صدقة وجعلها لمجهولين كالمساكين فهي ملك لهم ، ويجتهد الناظر اذ لا يقدر على تعميمهم .

(ولا يشترط) بضم التحتية وفتح الراء في صحة الوقف (التنجيز) أي عدم التعليق فيصح الوقف المعلق كهذا وقف بعد شهر أو عام أو ان قدم فلان . ابن شاس لا يشترط التنجيز كقوله ان جاء رأس الشهر فهو وقف (و) ان أطلق الوقف ولم يقيده بتنجيز ولا تعليق (حمل) بضم فكسر الوقف (في) صورة (الإطلاق) لصيغته عن التقييد بالتنجيز والتعليق (عليه) أي التنجيز ، اذ الأصل في الإنشاء مقارنة لفظه لمعناه . ابن الحاجب وحكم مطلقه التنجيز ما لم يقيده باستقبال . ابن رشد لا خلاف أن من حبس أو

كَتَسْوِيَةِ أُنْثَى بِذَكَرٍ . وَلَا التَّأْبِيدُ . وَلَا تَعْيِينُ مَصْرِفِهِ وَصُرِفَ فِي غَالِبٍ وَإِلَّا فَالْفُقَرَاءُ ، وَلَا قَبُولُ مُسْتَحِقِّهِ ،

وهب أو تصدق . انه لا رجوع له في ذلك ، ويقضى عليه به ان كان لمعين اتفاقاً ولغير معين باختلاف . وشبه في الحمل عند الإطلاق فقال (كتسوية ذكر بأنثى) في قسمة ريعه عند الإطلاق كهذا وقف على أولادي أو أولاد فلان ، اذ الخروج عنها يحتاج لدليل كالإرث ، فان قيد بشيء اتبع .

(و) لا يشترط في صحة الوقف (التأبيد) أي كونه مؤبداً دائماً بدوام الشيء الموقوف فيصح وقفه مدة معينة ، ثم ترفع وقفتيه ، ويجوز التصرف فيه بكل ما يجوز التصرف به في غير الموقوف ، ففي الموازية والعتبية عن عبد الملك من قال داري حبس على عقبي وهي لآخرهم ملكا ، فهي لآخرهم كذلك . ابن شاس لا يشترط فيه التأبيد فلو قال على أن من احتاج منهم باع أو أن العين المحبسة تصير لآخرهم ملكاً صح واتبع الشرط . محمد اذا قال داري حبس على عقبي وهي للآخر منهم فانها تكون للآخر منهم ملكاً وهي قبل ذلك محبسة ، فان كان آخرهم رجلا يرجى له عقب وقفت عليه ، فان مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته لأنه تبين بموته أنها قد صارت له .

(ولا) يشترط في الوقف (تعيين مصرفه) بفتح فسكون فكسر أي ما يصرف ريعه فيه من الخيرات ، فان وقف وقفا ولم يعين مصرفه صح (وصرف) بضم فكسر ريعه (في) نوع (غالب) الصرف فيه من أهل بلد واقفه (والا) أي وان لم يكن غالب (فالفقراء) أي المحتاجون يصرف لهم ريعه . عياض أما لفظ الحبس المبهم كقوله داري حبس ، فلا خلاف أنه وقف مؤبد لا يرجع ملكا ، ويصرف عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الفقراء والمساكين وان كان في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس ، وتحمل لها حملت عليه .

(ولا) يشترط في صحة الوقف (قبول مستحق) ريه (ه) أي الموقوف عليه الذي يستحق غلة الوقف ، لأنه قد لا يكون موجوداً كمن سيولد أو يكون مجنونا أو

إلاَّ الْمُعَيَّنَ الأَهْلَ فَإِنْ رَدَّ فَكَمُنْقَطِعٍ ،

غير مميز ولا يتصور قبوله كمسجد وقنطرة ورباط (إلا) الشخص (المعين) بضم الميم وفتح العين والتحتية مثقلة (الأهل) أي الصالح للقبول وهو الرشيد ، فيشترط قبوله . ابن شاس لا يشترط في صحة الوقف قبول الموقوف عليه إلا إذا كان معيناً وكان مع ذلك أهلا للرد والقبول ، ثم اختلف هل قبوله شرط في اختصاصه به خاصة أو في صحة الوقف ، فقال في كتاب محمد من قال أعطوا فرسي فلاناً فلم يقبله ، فقال مالك رضي الله تعالى عنه إن كان حبساً أعطى لغيره ، وإن لم يكن حبساً رد إلى ورثته .

وسئل ابن رشد عمن حبس فرساً على رجل يجاهد به العدو على من يكون علفه ، فقال لا يلزم المحبس علف الفرس الذي حبسه إلا أن يشاء فإن ابى المحبس عليه أن يعلفه رجع إلى صاحبه ملكاً إن كان حبسه عليه بعينه ولم يبتله في السبيل ، وإن كان بتله في السبيل أخذ منه إن أبى أن ينفق عليه ودفع إلى غيره ممن يلتزم علفه ويجاهد عليه ، الشيخ من أمر بشيء لسائل فلم يقبله دفع إلى غيره . ابن عرفة المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الوقف له أو فيه ، فإن كان معيناً يصح رده اعتبر قبوله .

(فإن رد) المعين الاهل الوقف عليه (ف)هو (ك) وقف (منقطع) مستحقه في الرجوع حبساً ، لكن لا لأقرب فقراء عصبة المحبس وامرأة لو رجلت عصب على المشهور . ابن الحاجب فإذا رد فقيل يرجع ملكاً ، وقيل يكون كغيره ، ولمالك «رض» من جمع له ثمن كفن ثم كفنه رجل من عنده رد ما جمع لأهله . ابن رشد هذا موافق للمدونة في رد فضلة ما أعين به مكاتب على الذين أعانوه . طفي ما ذكره تت من رجوعه لأقرب فقراء عصبة المحبس لم يكن في علمي مذكوراً فضلاً عن كونه مشهوراً ، ففي عزوه لمالك «رض» وتشهيره نظر ، وإنما المنقول في المسألة كما في ابن الحاجب وابن شاس وابن عرفة وغير واحد قولان أحدهما لمالك «رض» أنه يكون حبساً على غير من رده والآخر لمطرف أنه يرجع ملكاً لمحبسه أو لورثته ولما قرره الشارح على ظاهره اعترضه بقوله هذا القول وقع لمالك في كتاب محمد إلا انه لم يقل انه يرجع لاقرب فقراء عصبة المحبس ، وإنما قال يرجع حبساً لغير من حبس ا هـ.

وَاتْبَعْ شَرْطَهُ ، إِنْ جَازَ كَتَخْصِيصِ مَذْهَبٍ أَوْ نَاظِرٍ أَوْ تَبْدِئَةِ فُلَانٍ بِكَذَا ، وَإِنْ مِنْ غَلَّةِ ثَانِي عَامٍ ، إِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ غَلَّةِ كُلِّ عَامٍ

ولا شك أن مراد المصنف قول مالك «رض» ، ولذا قال فكمنقطع فالتشبيه في كونه لا يرجع للمحبس لا من كل وجه ، والله أعلم . والمتبادر من قول الإمام مالك « رض » يكون كغيره أن ذلك باجتهاد الحاكم كما قال « ز » وهو الظاهر لا ما قاله الخرشي من كونه حبساً على الفقراء والمساكين من غير عزو ، والله أعلم ، قاله المسناوي .

(واتبع) بضم الفوقية وكسر الموحدة (شرطه) أي الواقف وجوباً (إن جاز) الشرط فيجب العمل به ولا يجوز العدول عنه إلا أن يتعذر فيصرف في مثله كما تقدم في القنطرة ونحوها ، ومثل للجائز فقال (كتخصيص) أهل (مذهب) معين بصرف غلة وقفه لهم أو بسكناه (أو) تخصيص (ناظر) عليه بشخصه أو بوصفه (أو تبدئة فلان بكذا) كعشرة دنانير من غلة وقفه فيبدأ بها من غلة العام ، بل (وإن من غلة) بفتح الغين المعجمة وشد اللام (ثاني عام) عوضاً عما رتب له من غلة العام الذي قبله لعدمها (إن لم يقل) الواقف إبدؤا باعطائه (من غلة كل عام) كذا فإن كان قال ذلك ومضى عام لا غلة له فلا يعطى من غلة العام الذي قبله أو العام الذي بعده شيئاً عوضاً عما رتب له من غلة الذي لا غلة له ، كذا في معين الحكام والمتيطية ومختصرها لابن هرون .

ونصها وإن قال يجري من غلته على فلان كل عام كذا وحصل له في سنة غلة كثيرة ولم يكن له في سنة أخرى غلة ، فانه يعطى تلك الجراية في العام الثاني من غلة العام الذي قبله ، وإن قال يجري عليه من غلة كل عام كذا ، فلا يعطى من غلة عام لغيره ، وفي وصايا المدونة للموصى له أخذ وصيته كل عام ما بقى من غلة الأول شيء ، فان لم يبق منها شيء فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى لم يأخذ له شيئاً اهـ . وهذا مشتمل على فرض المتيطية وفرض المصنف ، والذي يوافق فرض المصنف ما في سماع أشهب فيمن أوصى لرجلين بعشرة دنانير لكل واحد منهما في كل سنة حياتهما من ثمر حائط له فلما كان

العام الأول أصاب الثمار ما أصابها ، فلم تبلغ الثمار ما أوصى لهما به ، ولما كان العام الثاني جاء الثمار بفضل كثير فأراد أن يأخذا من غلة العام الثاني ما نقص من وصيتهما في غلة العام الأول أفذلك لهما ، قال نعم ذلك لهما .

ابن رشد هذا كما قال ، ومثله في المدونة افاده طفي. ابن الحاجب مهما شرط الواقف ما يجوز له اتبع كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه الزاهي لو شرط الواقف أن يبدأ من غلته بمنافع أهله ، ويترك إصلاح ما ينخرم منه بطل شرطه . ابن عرفة النظر في الحبس لمن جعله اليه محبسه . المتيطي يجعله لمن يثق به في دينه وأمانته ، فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للقاضي يقدم عليه من يرتضيه ، ويجعل له من كرائه ما يراه سداداً بحسب اجتهاده ، فلو قدم المحبس من رآه أهلاً لذلك فله عزله واستبداله .

الحط قوله فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم هذا ، والله أعلم ، إذا لم يكن المحبس عليه معيناً مالكاً أمر نفسه وأما إن كان معيناً مالكاً أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحداً فهو الذي يحوز الحبس الذي حبس عليه ويتولاه دل على هذا غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام التوضيح في شرح قول ابن الحاجب ، وشرط الوقف حوزه صريح في هذا .

(أو) كشرط الواقف (أن من احتاج من المحبس عليه) بفتح الموحدة إلى بيع الوقف (باع) في كتاب ابن المواز قال الامام مالك « رض » من حبس داره على ولده وقال في حبسه إن احتاجوا أو اجتمع ملؤهم على بيعها باعوا واقتسموا ثمنها بالسواء ذكرهم وأنثاهم فهلكوا جميعاً إلا واحداً ، فأراد بيعها فقال مالك «رض» ذلك له ولا حق فيها لأحد من ولد بنات المحبس إن طلبوا ميراثهم . وقال ابن القاسم لأنه جعلها لبنيه خاصة في صحته فليس لسواهم من ورثة أبيهم فيها حق . وفي التوضيح قالوا إذا شرط أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط ويلزم المحبس عليه إثبات حاجته ، واليمين

على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات ، وفي الوثائق المجموعة إذا لم يقل يصدق فعليه إثبات الحاجة ويحلف أنه لا مال له باطـــن كتمه ولا ظاهر علمه ، فحينئذ يبيعه .

المتيطي إن شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق وينفذالشرط ، ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه . وفي سمـاع ابن القاسم سئل مالك «رض» عن رجل جعل داراً له حبساً صدقة على ولده لا تباع إلا أن يحتاجـوا إلى بيعها ، فإن احتاجوا إلى بيعها واجتمع ملؤهم عليه باعوا واقتسموا ثمنها الذكر والأنثى سواء فيه فهلكوا جميعاً إلا رجلا فأراد بيعها أذلك له ، وقد احتاج إلى بيعها قال نعم ، فقيل له إن امـــرأة ثم وهي بنت أخت الباقي الذي أراد البيع وهي من بنـات المحبس ، قالت إن بعت فأنا آخـــذ ميراثي من أمي قال لا أرى لها في ذلك شيئاً . ابن القاسم لانها صدقة حازوها وليست ترجع بما ترجع المواريث إلى عصبة الذي تصدق بها .

ابن رشد قوله إلا أن يحتاجوا إلى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها قل لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم ، فذلك له ، ويبطل تحبيسه ويكون ثمنه مالاً من ماله ، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا فالثمن لهم مال من أموالهم على قدر حقهم في الحبس كثروا أو قلوا ، فإن لم يبق إلا واحد فله الثمن كـله ، وبطل التحبيس في الجميع بشرط المحبس ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه لأنه مات عن حبس لا يورث عنه ويرجع حظه إلى من معه في الحبس ، ولا يورث شيء منه عن محبس عليه .

(أو) كشرط الواقف انه (إن تسور) بفتحات مثقلا ، أي تعدى (عليـــه) أي الوقف (قاض أو غيره) من الظلمة مريداً أكله (رجع) الوقف ملكاً (له) أي واقفه إن كان حياً (أو لورثته) أي الواقف إن كان ميتاً . المتيطي إن شرط المحبس في حبسه أنه إن تطرق قاض أو غيره إلى التسور في حبسه هذا والنظر فيه ، فجميعه راجـع اليه إن كان حياً أو لوارثه إن كان ميتاً ، أو صدقة على فلان فله شرطه ، وشبـــه في الرجوع

كَعَلَى وَلَدِي ، ولاَ وَلَدَ لَهُ ، لاَ بِشَرْطِ إِصْلاَحِهِ عَلَى مُسْتَحِقِّهِ ؛ كَأَرْضٍ مُوَظَّفَةٍ ،

للواقف ملكاً فقال (ك)وقف (على ولدي و)الحال (لا ولد له) أي الواقف فهو ملك لواقفه له بيعه عند الإمام مالك «رض» ما لم يولد له ، فإن ولد له تنجز تحبيسه فلا يبعه .

ابن المواز مالك «رض» من حبس على ولده ولا ولد له فله بيعه ، فإن ولد له فليس له بيعه . ابن القاسم ليس له بيعه حتى ييأس من الولد ، فان مات قبل أن يلد فلا حبس ويورث . طفي المسألة مفروضة في كلام الأئمة فيمن حبس على ولده ولا ولد له فقال الإمام مالك «رض» له بيعه ويرجع له حبسه ، وعليه درج المصنف ، فهو مشبه في قوله ورجع له أو لوارثه ، وسواء عنده بلغ سن من لا يولد له أم لا أيس من الولادة أم لا فله بيعه ما لم يولد له ، وقال ابن القاسم ليس له بيعه إلا عند يأسه من الولد ، وقال ابن الماجشون يحكم بحبسه ويخرج إلى يد ثقة ليصح حوزه وتوقف ثمرته ، فإن ولد له فلهم وإلا فلأقرب الناس ، هذا تحصيل الخلاف في هذه المسألة في كلام ابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة ، ولم يرد ابن عبد السلام ولا المصنف في توضيحه على هذا ، وكذا الشارح في شروحه .

(لا) يتبع (شرط إصلاحه) أي الوقف (على مستحقه) بكسر الحاء المهملة ، أي الموقوف عليه المستحق لمنفعة الوقف فيلغى الشرط لاستلزامه الإجارة بأجرة مجهولة ويصح الوقف . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من حبس داراً على رجل وولده وولد ولده واشترط على الذي حبس عليه إصلاح مارث منها من ماله لم يجز وهو كراء مجهول ، ولكن يمضي ذلك وتكون حبساً ولا مرمة عليه ، وتكون مرمتها من غلتها لأنها في سبيل الله تعالى فلا تشبه البيوع ، وقد قال مالك « رض » إن حبس على رجل فرساً واشترط عليه نفقته سنة أو سنتين ، ثم هو ملك له بعد الأجل أنه لا خير فيه إذ قد يهلك قبل تمام السنتين فيذهب علفه باطلا .

وشبه في إلغاء الشرط فقال (ك)شرط توظيف (أرض موظفة) بضم الميم وفتح الواو

إلاَّ مِنْ غَلَّتِها عَلَى الأَصَحِّ ، أو عَدَمِ بَدْءٍ بإصْلاحِهِ ، أو بِنَفَقَتِهِ ، وأُخْرِجَ السَّاكِنُ المَوْقُوفُ عَلَيْـــهِ لِلسُّكْنَى ، إنْ لَمْ يُصْلِحْ لِتُكْرَى لَهُ ، وأُنْفِقَ فِي فَرَسٍ

والظاء المعجمة ، أي مجعول عليها مال يؤخذ كل شهر أو عام على من وقفت عليه ، فيصح وقفها ، ويلغى شرطه لئلا يلزم الكراء بمجهول في كل حال (إلا أن يشترط عليه دفــع توظيفها (من غلتها) فيتبع (على الأصح) عند غـــير واحد من المتأخرين غير الأربعة. وقيل لا يتبع ، والأول أصوب . البناني لما قال في المدونــة إن اشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث منها من ماله لم يجز . قال أبو الحسن انظر قوله من ماله ، فلو كان من غلتها لجاز ، قال إنه يقوم منه انه يجوز تحبيس الأرض الموظفة ، وحكى ابن الهندي في ذلك قولين ، قال ولو كان على أن يرم من غلتها ويخرج الوظيف من غلة الأرض لجـاز تحبيسها ، وقد قيل لا يجوز . ابن كوثر والأول أصوب .

(أو) شرط (عــــدم بدء) من غلة الوقف (بإصلاحه) أي الوقف (و) شرط عدم بدء بـ (نفقته) أي الوقف فيلغى الشرط ، لأنه يؤدي لإبطاله بالكليــة ، في الزاهي لو شرط الواقف أن يبـــدأ من غلته بمنافع أهله ويترك إصلاح مــا ينخرم منه بطل شرطه .

(و) إن احتـــاج العقار الموقوف على معين لسكناه لإصلاحه ولم يصلحه من ماله (أخرج) بضم الهمز وكسر الراء الشخص (الساكن) في الربع الوقف (الموقوف عليه للسكنى) إن اختل الربع و (لم يصلحه) الموقوف عليه من ماله فيخرج منه (لبكري) بضم التحتية وفتح الراء الربيع مدة مستقبلة بشرط تعجيل كرائها وإصلاحه به ، ويسكنه مكتريه تلك المدة ، فإذا تمت أخرج المكتري (له) أي الموقوف عليـــه ليسكنه أو الإصلاح على أنه صلة يكري . اللخمي إن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود (وأنفق) بضم الهمز وكسر الفاء (في)أي

لِكَغَزْوٍ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، فَإِنْ عُدِمَ : بِيعَ وَعُوِّضَ بِهِ سِلَاحٌ : كما لَوْ كَلِبَ ، وَبِيعَ ما لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عَقارٍ في مِثْلِهِ ،

على (فرس) وقف (لكغزو) ورباط ، وصلة أنفق (من) مال (بيت المال) فلا تلزم نفقته المحبس ولا المحبس عليه .

(فإن عدم) بضم فكسر ، أي فقد بيت المال أو لم يوصل اليه (بيع) الفرس (وعوض) بضم فكسر مثقلاً (بـ) ثمنه (ه سلاح) ونحوه مما لا يحتاج لنفقة إذ هو أقرب للخيل من غيره ، ولغرض الواقف ، اللخمي وقسم لا ينفق عليه من غلته كان على معين أو مجهول وذلك الخيل فلا تؤاجر في النفقة ، فان كانت حبساً في السبيل فمن بيت المال، فان لم يكن بيعت ويشترى بالثمن ما لا يحتاج لنفقة كالسلاح والدروع ، وإن كانت حبساً على معين أنفق عليها إن قبلها على ذلك وإلا فلا شيء له ، وشبه في البيع والتعويض فقال (كما لو كلب) الفرس بفتح الكاف وكسر اللام ، أي أصاب الفرس المحبس لكالغزو الكلب بفتح الكاف واللام داء يعترى الخيل شبيه بالجنون ، فلا ينتفع به في نحو الغزو، وينتفع به في نحو الطحن فيباع ويشترى به سلاح .

فيها لمالك «رض» ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله تعالى ، حتى لا يكون فيه قوة على الغزو بيع واشترى بثمنه ما ينتفع به من الخيل ويحمل في السبيل. ابن القاسم فان لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في فرس. ابن وهب عن مالك رضي الله تعالى عنهما وكذلك الفرس يكلب ويخبث . ابن القاسم وما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة تباع ويشتري بثمنها ثياب ينتفع بها ، فان لم يبلغ تصدق به في السبيل .

(وبيع) بكسر الموحدة (ما) أي شيء موقوف صار (لا ينتفع) بضم التحتية وفتح الفاء (به) فيما وقف عليه وينتفع به في غيره كفرس يهرم وعبد كذلك وثوب يخلق حال كون ما لا ينتفع به (غير عقار) صار لا ينتفع به فيما حبس عليه فلا يباع كما سيأتي، وإذا بيع غير العقار صرف ثمنه (في مثله) من فرس أو عبد أو ثوب أو كتاب مثلا (أو)

أو شِقْصِهِ . كأَنْ أُتلَفَ ، وفَضْـلُ الذُّكُورِ وما كَبِرَ مِنَ الإِناثِ فِي إِناثٍ ،

شورك به في (شقصه) بكسر الشين المعجمة وسكون القاف وإهمال الصاد ، أي بعضه إن لم يبلغ ثمن كامل اتباعاً لغرض الواقف ، فان لم يوجد من يشارك تصدق بــه . ابن شاس روى ابن القاسم ما سوى العقار إذا ذهبت منفعته التي وقف لها كالفرس يكلب أو أو يهرم بحيث لا ينتفع به فيما وقف له أو الثوب يخلق بحيث لا ينتفع به في الوجه الذي وقف له وشبه ذلك أنه يجوز بيعه ، ويصرف ثمنه في مثله .

وشبه في الصرف في مثله أو شقصه فقال (كأن) بفتح الهمـز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف تشبيه صلته (أتلف) بضم الهمز وكسر اللام الحبس بجنايــة فتصرف قيمته التي تؤخذ من الجاني في مثله أو شقصه . ابن شاس من هدم حبساً من أهله أو غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان ولا تؤخذ منه قيمته ، وإن قتل حيواناً أو فقأ كعبـد ودابة أخذت منه قيمته فاشترى بها مثله وجعل وقفاً مكانه ، وإن لم يوجد مثله فشقص من مثله .

(و) يباع (فضل) بفتح الفاء وسكون الضاد المعجمة ، أي ما زاد من (الذكور) عن المحتاج اليه في النزو من نسل الإناث الموقوفة ويشتري بثمنه إناث (و) يبـاع (ما كبر) بكسر الموحدة (من الإناث) الموقوفة ويصرف ثمنه (في) شراء (إناث) وتجعل وقفاً عوضا عما بيع . ابن عرفة ولد الحيوان الحبس مثله ، سمع ابن القاسم ما ولدت بقرات حبست يقسم لبنها في المساكين من أنثى حبست معها ويحبس ولدها الذكر لينزوها ومـا فضل من ذكورها عنه وما كبرت من أنثى فذهب لبنها بيعـا ورد ثمنهما في علوفتها . ابن رشد هذا كقولها ما ضعف من دواب حبس السبيل أو بلي من ثيابه وذهبت منفعته بيع ورد بثمن الدواب خيل ، فإن لم يبلغ ثمـن فرس أو هجين أو برذون أعين به في ثمن فرس ورد ثمن الثياب في ثياب ، فإن قصر عن ثمن ما ينتفع به فرق في السبيل خلاف روايــة من منع بيع ذلك ، وأنه لو بيع لبيع الرجـل المحبس ، وهذا قول ابن الماجشون من

حبس غلاما فكبر أو تخلف أو كثرت سرقتـه وإباقه فلا يجوز بيعه ليشتري بثمنه غيره مكانه إلا أن يكون المحبس شرط ذلك في حبسه ، وهذا الخلاف إنما هو في بيعه ليشتري بثمنه غيره يكون مكانه . وأما بيعه فيما يلزم من علفها ورعيهـا فجائز اتفاقا ، فمن قطعت منفعتها إن لم يرج عودها وأضر بقاؤه للمنفعة وعليه مختلف فيه .

ومنه الربع الخرب (لا) يباع (عقار) حبس إن لم يخرب ، بـل (وإن خرب) بفتح الخاء المعجمة وكسر الراء وصار لا ينتفع به فيما حبس عليه . ابن عرفـة فيها مع الموازية والعتبية وغيرهما منع بيع ما خرب من ربع حبس مطلقا . ابن الجهم إنما لم يبع الربع المحبس إذا خرب ، لأنه يمكن إصلاحه بإجارته سنين فيعود كما كان ، وفيهـا لربيعة رضي الله تعالى عنه إن الإمام يبيع الربع إذا رأى ذلك لخرابه وهي إحـدى روايتي أبي الفرج . ابن عرفـة وفي جواز المناقلة به بربع غير خرب . قول الشيخ في رسالته وابن شعبان وابن رشد إذا كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسا مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطـة في المعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به .

(و) لا يباع (نقض) بكسر النون وضمها كذبح وفخر ، أي منقوض من العقـار الموقوف في الزاهي لا يباع نقض الحبس ، وأجاز بعض أصحابنا بيعه ولا أقوله ، ولابن سهل عن ابن لبابة جواز بيعه وأجازه ابن زرب لبناء باقيـه بثمن ما يبيع ، وأفتى ابن عتاب بعدم نقل نقض مسجد خرب إلى مسجد آخر وبعدم بيعه ، ويترك حتى يفنى . ابن عات ابن عبد الغفور لا بأس ببيع نقض المساجد إن خيف فساده ووقفه إن رجـى عمارته أمثل . وبالغ على منع بيع العقار فقال (ولو بـ) عقـار (غير خرب) « غ » ظاهره رجوع الاغياء للربع الخرب والنقض ولم أره منصوصا إلا في الربع الخرب . ابن رشد روى ربيعة أن الإمام يبيع الربع إذا رأى ذلك لخرابه كالدواب والثياب ، وقاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في إحدى روايتي أبي الفرج عنه ،

إلا لِتَوْسِيعِ . كَمَسْجِدٍ، وَلَوْ جَبْراً، وأُمِرُوا بِجَعْلِ ثَمَنِهِ لِغَيْرِهِ .

واستثنى من منع بيع العقار فقال (إلا) بيع العقار الموقوف (لتوسيع كمسجد) وطريق ومقبرة فيجوز اختياراً ، بـل (ولو) كان (جبراً بالقضاء) على مستحقه أو ناظره فغير الموقوف أحرى (وأمروا) بضم الهمز وكسر الميم ، أى المحبس عليهم الذين لهم ولايته ونظره (بجعل ثمنه) أي الوقف الذي بيع به (لغيره) بأن يشتري به عقار ويجعل حبسا عوضا عنه . سحنون لم يجز أصحابنـا بيع الحبس بحال الا داراً بجوار مسجد احتيج أن تضاف اليه ليتوسع بها فأجازوا بيعها له ، ويشترى بثمنها دار تكون حبسا ، وقد أدخل في مسجد رسول الله ﷺ دور محبسة كانت تليه .

ابن رشد ظاهر سماع ابن القاسم أن ذلك جائز في كل مسجد ، كقول سحنون . وفي النوادر عن مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم رضي الله تعالى عنهم أن ذلك انما يجوز في مساجد الجوامع ان احتيج اليه لا في مساجد الجماعات ، اذ ليست الضرورة فيهـا كالجوامع . ابن عات عبد الملك لا بأس ببيع الـدار المحبسة وغيرها ، ويكره السلطان الناس على بيعها اذا احتاج الناس اليها لتوسعة جامعهم الذى فيه الخطبة ، وكذا الطريق اليها لا الى المساجد التي لا خطبة فيها ، والطرق التي في القبائل لا قوام مطرف اذا كان النهر بجانب طريق عظمى من طرق المسلمين التي يسلكها العـامة فحفرها النهر حتى قطعها ، فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما يوسع به الطريق ، فإن لم ينظر السلطان فيها فلا تسلك الأرض الا باذن أربابها .

ابن رشد اختلف متأخرو الشيوخ ان امتنعوا من البيع للمسجد فقال أكثرهم يؤخذ منهم بالقيمة جبراً وهو الآتي على سماع ابن القاسم ، لأنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى . ابن عرفة في هذا نظر انظره فيـه (1) . ابن حبيب من سماع ابن القاسم سئل

---

(1) (قوله فيه) أي ابن عرفة نصه . قلت في قوله نظر ، لأن المناسبة الناشئة عن اعتبار المصالح تقتضي عكس ما قاله لأنهم اذا لم يجبروا على جعل ثمنه في حبس آخر كان جبرهم على بيعه تحصيلا لمصلحة التوسعة مع مفسدة ابطال حبس، واذا جبروا على جعله ←

مالك رضي الله تعالى عنه عن قوم كانت لهم دار حبس فباعوها وأدخلت في المسجد، قال أرى أن يشتروا بالذهب داراً أخرى يجعلونها في صدقة أبيهم ، قيل له أفيقضي عليهم بذلك ، قال لا إلا أن يتطوعوا . ابن رشد لأنه لما أوجب الحق أخذها منهم جبراً صار كالإستحقاق الذي يبطل الحبس فلا يجب صرف الثمن المأخوذ في حبس مثله . البناني المسناوي في جوابه أن ما وسع به المسجد من الرباع لا يجب أن يعوض منه إلا ما كان ملكاً أو حبساً على معين ، وأما ما كان حبساً على غير معين فلا يلزم تعويضه ، سواء كان من أحباس المسجد أو غيره أو على نحو الفقراء على ما أفاده جواب أبي سعيد بن لب في نوازل أحباس المعيار ووجهه إن ما كان على غير معين لم يتعلق به حق لمعين والأجر الذي يحصل لواقفه بادخاله في المسجد أعظم مما حبسه له ، وأن الخلوات المدخلة في المسجد لا حق لأربابها في عوضها لأنها محض كراء على التبقية والكراء ينفسخ بتعذر استيفاء المنفعة من المكتري المعين بالفتح فيها ولا حق لأربابها في الأرض ، والله أعلم .

(ومن) بفتح فسكون اسم شرط (هدم وقفاً) أي عقاراً موقوفاً تمدياً (فعليه) أي الهادم وجوباً (إعادته) ببنائه كما كان لا قيمته لأنه كبيعه . « غ » كذا لابن شاس وابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هرون . وقال ابن عرفة قبولهما إياه يوهم أنه كل المذهب أو مشهوره ولم أعرفه ، بل ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة مطلقاً . وقد قال عياض في حديث جريج [1] من هدم حائطاً فمشهور مذهب مالك وأصحابه

← في حبس كان جبرهم على بيعه لمصلحة التوسعة صافية عن مفسدة ابطال حبس. فان قيل جبرهم على بيعه مع جبرهم على جعله في حبس فيه شدة ضرر وجبرهم على البيع مع عدم جبرهم على جعله في حبس أخف ضرر أو ارتكاب أخف الضررين راجح أو واجب. قلت ابطال الحبس راجع لحق الله تعالى، وضررهم راجع لحق آدمي وحق الله تعالى آكد.

(١) (قوله جريج) بضم الجيم وفتح الراء وسكون المثناة فجيم كان عابداً إسرائيلياً منعزلاً في صومعته يصلي فنادته أمه وهو يصلي فقال يا رب أمي وصلاتي ولم يجبها ←

رضي الله تعالى عنهم أن فيه وفي سائر المتلفات القيمة . وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه عليه بناء مثله . وفي العتبية عن مالك رضي الله تعالى عنه مثله . وفي التوضيح عن النوادر عزو ما في ابن الحاجب لإبن كنانة فقال عنه لا ينقض بنيان الحبس ، وتبنى فيه حوانيت للغلة ، وهو ذريعة إلى تغيير الحبس ومن كسر حبساً من أهل الحبس أو غيرهم ، فعليه أن يرد البنيان كما كان .

(وتناول) بفتح الفوقية والواو أي شمل (الذرية) بضم الذال المعجمة وكسر الراء مثقلة هي والتحتية ، أي هذا اللفظ في قوله وقف على ذريتي أو ذرية فلان الحاقد ، أي ولد بنت الواقف أو فلان . ابن العطار اتفاقاً ، لأن عيسى بن مريم عليهما السلام من ذرية ابراهيم عليه السلام ، قال الله تعالى ﴿ ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهرون وكذلك نجزي المحسنين . وزكريا ويحيى وعيسى ﴾ ٨٤ الأنعام ، وحكى ابن رشد قولاً بعدم شمول الذرية الحاقد وهو ينقض الاتفاق إلا أن يكون طريقة قاله تت .
ابن رشد اختلف الشيوخ في الذرية والنسل فقيل إنها بمنزلة العقب والولد في عدم دخول ولد البنات فيها . الباجي عن ابن العطار النسل كالولد والذرية تشمل ولد البنات اتفاقاً ، لقوله تعالى ﴿ ومن ذريته داود ﴾ إلى قوله ﴿ وعيسى ﴾ ٨٤ الأنعام ، وهو ولد بنت .

ابن رشد هو استدلال صحيح في أن ولد بنت الرجل من ذريته ، وكذا نقول في نسله وعقبه كما إنه من ولده خلاف ما ذهب اليه ، أفاده « ق » . ابن عرفة يرد استدلال ابن العطار بأنه لا يلزم من ثبوته في عيسى عليه الصلاة والسلام ثبوته في مسألة النزاع ، لأنه

ــــ فقالت اللهم لا تمته حتى ينظر في وجوه المومسات ، أي الزانيات ، وكان جيلاً فعشقته مومسة ودعته لنفسها فامتنع فمكنت من نفسها راعياً فحملت منه وأخبرت بأنه من جريج ، فهدموا صومعته وأرادوا قتله ، فصلى ودعا الله تعالى وضرب بطنها بقضيب وقال من أبوك يا جنين ، فقال الجنين أبي فلان الراعي فاعتذروا لجريج وقالوا له نبني لك صومعتك من ذهب وفضة فأبى ، وقال ابنوها من طين ففعلوا أو كما قال ﷺ .

إنما ثبت في عيسى عليه الصلاة والسلام لعدم أب له يحوزه ، ولاعتبار هـذا المعنى من حيث ذاته كان المذهب في ولد الملاعنة المعتقة جرها ولاء ولدها لمعتقها مـا دام غير مستلحق ، فإن استلحقه أب بطل جرها .

وشاع في أوائل هـذا القرن على ما بلغني الخلاف في شريف الأم فقط وأبوه ليس بشريف هل هو شريف أم لا ، فأفتى الشيخ أبو علي منصور المدعو بناصر الدين من فقهاء بجاية بثبوت شرفه وتبعه جل أهل بلده .

وأفتى الشيخ أبو اسحق بن عبد الرفيع قاضي بلدنا تونس بعدمه ، وسمعت شيخنا ابن عبد السلام يصرح بتخطئة مثبته متمسكا بالإجماع على أن نسب الولد هو لأبيه لا لأمـه ، وقاله بعض من لقيته من الفاسيين ، وقال يلزم عليه أنه لو تزوج يهودي أو نصراني بعـد عتقه وإسلامه شريفة أن يكون ولده منها شريفاً ، وهذا لا يقولـه منصف أو مسلم أنا أشك والف الفريقان في المسألة ، وأقوى ما احتج به الأولون تمسكهم بما تمسك بـه ابن العطار ، وبأن أصل الشرف من فاطمة رضي الله تعـالى عنها ، وهذا بنسبة الأمومة لا بنسبة الأبوة .

قلت والحق أن ابن الشريفة له شرف ما عن منزلة من أمه ليست بشريفـة لا الشرف العرفي ، وتمسكهم بما تمسك به ابن العطار يرد بما تقدم ، وتمسكهم بالقياس بثبوت النسب إلى فاطمة بجامع أنه شرف ثبت لولادة الأم يرد بأنه إنما ثبت بهذه النسبـة فيمن ثبتت نسبته اليها بنسبة الأبوة ، فكان هذا الشرف الثابت في صورة الإجماع ثابتاً بالنسبة إلى فاطمة رضي الله تعالى عنها الثابتة النسبة اليها بالنسبة إلى الأب ، فحينئذ لا يلزم ثبوته في المقيس ، لأنه إنما يتصور ثبوته فيه بالنسبة إلى فاطمة رضي الله تعالى عنها بالنسبة إلى الأم لا إلى الأب ، وهذه النسبة الثابتة في المقيس أضعف من النسبة الثابتة في الأصل ، لأنها فيه بالنسبة إلى الأم وهي فاطمة رضي الله تعالى عنها ، وبالنسبة إلى الأب وهو أبو الولد المتكلم في شرفه . الثابت نسب أبيه الحسن أو الحسين رضي الله تعالى عنهما بالنسبـة إلى الأب وهي في المقيس ثابتة بالنسبة إلى الأم ، وهي فاطمة رضي الله تعالى عنها ، وبالنسبة

إلى الأم أيضاً ، وهي أم الوالد المتكلم في شرفه فهي في الأصل أقوى ، وفي المقيس أضعف وذلك فرق واضح يقدح في القياس المذكور ، ويؤكد صحة هذا الفرق اتفاق العلماء فيما علمت في باب الترجيح على أن نتيجة الدليل الذي إحدى مقدمتيه ظنية والأخرى قطعية أرجح من نتيجة الدليل الذي مقدمتاه معاً ظنيتان ا هـ كلام ابن عرفة .

(و) تناول (ولدي فلان) أي زيد مثلا (وفلانة) أي هند مثلا ، فسمى الذكور والإناث ، ثم قال وأولادهم فيتناول الحافد عند الإمام مالك «رض» وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين لعود ضمير أولادهم إلى الأولاد والحافد من أولاد الاولاد . ابن عرفة هذا هو الصواب ، وخطأ ابن رشد قول ابن زرب لا يدخل الحافد فيما ذكر . ابن رشد إذا قال حبست على أولادي وسماهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم ، ثم قال وعلى أولادهم فإن أولاد البنات يدخلون فيه على مذهب الإمام مالك وجميع أصحابه رضى الله تعالى عنهم ، وما روي عن ابن زرب فهو خطأ «غ» فأولادهم مقدرة في هذه بدليل ذكره فيما يليها .

(أو) وقف على أولادي (الذكور والأناث) بدون ذكر أسمائهم (وأولادهم) يتناول (الحافد) بإهمال الحاء وكسر الفاء ، أي ولد البنت مفعول تناول حذفه من الأولين لدلالة هذا عليه . ابن رشد إن قال حبست على اولادي ذكورهم وإناثهم ولم يسمهم بأسمائهم ، ثم قال وعلى أعقابهم فالظاهر من مذهب الامام مالك «رض» أن أولاد البنات يدخلون في هذا كما لو سمى . وفي المقدمات لو كرر التعقيب لدخل أولاد البنات إلى الدرجة التي انتهى اليها المحبس على ما ذهب اليه الشيوخ ، ثم استظهره وقال انه المعمول به ، وتبعه أبو الحسن ، واقتصر عليه ابن عرفة والقرافي وغيرهما ، وجرى به العمل قديماً وحديثاً قاله في المعيار في جواب ابن علال بعضهم ولم أر أحداً قال بدخوله وإن سفل ، لكن في جواب الزانغيلي في المعيار حكاية قول بدخول ولد البنات وإن سفلوا ، وبعد قعدهم ، والظاهر حمله على ما لابن رشد والله أعلم . وفي المقدمات والمتيطية عن الموازية إن قال حبست على أولادي ذكورهم وإناثهم ومن مات منهم فولده بمنزلته فقال الامام مالك « رض»

لا أرى لولد البنات شيئاً ، لكن في المعيار عن أبي إسحق التونسي اعتراض ما لابن المواز فانظره .

(لا) يتناول (نسلي) في قوله وقفت على نسلي الحافد ، ويتناول أولاده الذكور ذكوراً وإناثاً ولا يتناول من ينتسب للواقف بامرأة،سواء كانت بنته أو بنت ابنه،وضابط ذلك أن كل ذكر أو أنثى يحول بينه وبين المحبس أنثى فلا يشمله لفظ النسل ولا العقب ولا الولد « ق » ابن العطار النسل كالولد ، وجعل ابن رشد الخلاف فيه ، وفي الذرية واحداً .

(و) لايتناول (عقبي) الحافد. ابن رشد لا فرق عند أحد من العلماء بين لفظ العقب والولد في المعنى (و) لا يتناول (ولدي) الحافد . ابن رشد إذا قال المحبس حبست على ولدي أو على أولادي ولم يزد عليه فيكون الحبس على أولاده دنية الذكران والإناث ، وعلى أولاد بنيه الذكران دون الاناث ، ولا يدخل فيه أولاد البنات على مذهب الامام مالك «رض» للاجماع على أن أولاد البنات لا ميراث لهم .

(و) لا يتناول (ولدي وولد ولدي) الحافد . ابن رشد إذا قال حبست على ولدي وولد ولدي أو على أولادي وأولاد أولادي فذهب جماعة من الشيوخ إلى أن ولد البنات يدخلون فيه وهو ظاهر اللفظ ، لأن الولد يقع على الذكر والأنثى. وفي كتاب ابن عبدوس عن مالك «رض» أنه لا شيء لولد البنات فيه ، لأن لفظ ولد الولد لا يتناول باطلاقه ولد البنات ، ولأن الألفاظ المسموعة إنما هي عبارة عما في النفوس فإذا عبر المحبس عما في نفسه من إرادته بلفظ غير محتمل نص على إدخال ولد بناته في حبسه أو إخراجه منه وقفنا عنده ، ولم يصح لنا مخالفة نصه ، وإذا عبر عما في نفسه بعبارة محتملة للوجهين جميعاً وجب أن نحمله على ما يغلب على ظننا أنه أراده من محتملات لفظه بما يعلم من قصده لأن عموم ألفاظ الناس لا تحمل إلا على ما يعلم من قصدهم واعتقادهم ، إذ لا طريق لنا إلى العلم بإرادة المحبس إلا من قبله ، فإذا صح هذا الأصل فقد علمنا أنه يعلم أن الولد باطلاقه يقع على الذكر دون الأنثى ، فوجب أن يخصص بهذا عموم لفظ المحبس كما يخصص عموم لفظ

وأَوْلَادِي ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، وَبَنِيَّ وَبَنِي بَنِيَّ ، وفي عَلَى وَلَدِي ووَلَدِهِمْ ، قَوْلَانِ

الحالف بما يعلم من مقاصد الناس في أيمانهم وعرف كلامهم ا هـ .

البناني عدم دخول الحافد في هذا وما بعده رواه ابن عبدوس وابن وهب عن الإمام مالك «رض» ورجحه في المقدمات ، لكن انظره مع ما لأبي الحسن ، وذلك أنه لما قال في المدونة قال مالك «رض» ولا شيء لولد البنات للإجماع أنهم لم يدخلوا في قوله تعالى ﴿ يوصيكم الله في أولادكم ﴾ ١١ النساء . قال أبو الحسن ما نصه قوله ولا شيء لولد البنات إنما يرجع لقوله ومن قال حبس على ولدي ولا يرجع لقوله على ولدي وولد ولدي . الشيخ لأنه إذا قال على ولدي وولد ولدي ، فإن ولد البنات يدخلون ، وكذلك كلما زاد درجة يدخلون إلى حيث انتهى المحبس ا هـ . ونقله « غ » في تكميله ، وقال عقبة هذا هو المشهور ، وقال في المقدمات روي عن مالك «رض» انه لا شيء لولد البنات في ذلك أيضاً ا هـ ، فدل على أن ما رجحه في المقدمات وتبعه عليه المصنف خلاف المشهور .

(و)لايتناول (أولادي وأولاد أولادي) الحافد . تت ليس هذا مكرراً مع ما قبله لأنهم إنما يتكلمون على بيان الفاظ الواقف ، وهذا اللفظ غير الذي قبله (و) لا يتناول (بني وبني بني) الحافد . الباجي وعليه أصحاب مالك «رض» . ابن رشد أما لفظ البنين في قوله حبست على بني أو على بني وبنيهم فالحكم فيه كالحكم في لفظ الولد والعقب .

(وفي) تناول (ولدي وولدهم) الحافد ، وبه أفتى أهل قرطبة وقضى به ابن السليم وعدم تناوله وهو قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه (قولان) «غ» هذا تصريح بالخلاف الذي لوح له ابن الحاجب بقوله وولدي وولدهم بين المسألتين [1]،وعليك بالمقدمات

---

(١) (قوله المسألتين) أى ولدى وولد ولدى وأولادى فلان وفلان وفلانة وأولادهم ومعنى بين المسألتين ان فيه قولين قولا بعدم دخول الحافد كالمسألة الأولى وقولا بدخوله كالمسألة الثانية ونص ابن الحاجب وولد ولدي المنصوص أيضاً لا يدخل الاولاد البنات وأولادى فلان وفلان وفلانة وأولادهم يدخلون اتفاقا وولدى وولدهم بين المسألتين .

وَالْإِخْوَةُ الْأُنْثَى، وَرِجَالُ إِخْوَتِي، وَنِسَاؤُهُمُ الصَّغِيرَ وَبَنِي أَبِي إِخْوَتَهُ الذُّكُورَ، وَأَوْلَادُهُمْ، وَآلِي، وَأَهْلِي الْعَصَبَةَ، وَمَنْ لَوْ رُجِلَتْ عَصَبَتْ

«ق» ابن رشد إذا قال حبست على ولدى وأولادهم ، فروى ابن أبي زمنين لا يدخل البنات في الحبس بهذا اللفظ ودخولهم أبين . بعضهم لعلهم اعتمدوا في هذا على عرف تقرر لأن أكثر هذه المسائل مبنية على العرف كما لابن رشد وغيره ، ولذا يصعب الفرق بينها .

(و) تناول (الأخوة) في قوله وقف على أخوتي (الأنثى) من أي جهة كانوا ، قال الله تعالى ﴿ فان كان له أخوة فلامه السدس ﴾ ١٢ النساء ، وقد أجرى الإناث في الحجب مجرى الذكور ، ابن شعبان لفظ أخوتي يشمل أخوته ولو لأم فقط ذكورهم وإناثهم (و) تناول (رجال أخوتي ونساؤهم الصغير) والصغيرة ، قال الله ﴿ وإن كانوا أخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ﴾ ١١ النساء ، ابن شعبان ولفظ رجال أخوتي ونساؤهم يشمل أطفال ذكورهم وإناثهم .

(و) تناول (بنو أبي إخوته) أي الواقف الذكور أشقاء أو لأب (وأولادهم) أي الذكور خاصة . ابن شعبان لفظ بني أبي يشمل إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه فقط ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده . ابن شاس هذا يشعر أنه لا يرى دخول الإناث تحت بني وهو خلاف ما تقدم في الرواية في لفظ البنين . الحط قوله وأولادهم أي الذكور كما صرح به في الرواية . في الجواهر ولو قال على بني أبي دخل فيه إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده .

(و) تناول (آلي) بفتح الهمز ممدوداً وكسر اللام (و) تناول (أهلي العصبة) فيدخل في كل منهما الابن وابنه وان نزل ، والأب والجد وإن علا ، والأخوة وبنوهم وإن نزلوا والأعمام وبنوهم(ومن) أي امرأة (لو رجلت) بضم الراء وكسر الجيم مثقلة أي فرضت

رجلا (عصب) بفتحات مثقلا ، أي كان عاصباً كبنت وبنت ابن وأم وجدة أب وعمة وبنت أخ وبنت عم . ابن عرفة لفظ آلي وأهلي . الباجي عن ابن القاسم الآل والأهل سواءهم العصبات والبنات والعمات لا الخالات . الباجي أراد العصبة ومن في قعددهم من النساء . ابن عرفة فتدخل بنات العم .

(و) تناول (أقاربي أقارب جهتيه) أي جهة أبيه وجهة أمه (مطلقاً) عن التقييد بذكورة أو أنوثة فيتناول العمات وبناتهن والخالات وبناتهن والأخوات وبناتهن وبنات الأخوة إن كانوا مسلمين ، بل (وإن) كانوا (نصرى) بفتح النون وسكون الصاد المهملة وفتح الراء ، أي نصارى أو يهوداً أو مجوساً ذميين . في نسخة « غ » وإن قصوا بفتح القاف والصاد المهملة ، أي بعدوا ، قال وفي بعض النسخ وإن نصارى أي ذميين ولم أر من ذكره هنا وهو سفر . « ع » على جواز الوقف على الذمي وبه قطع المصنف ، إذ قال كمن سيولد وذمي تبعاً لابن شاس وابن الحاجب وابن عبد السلام .

ابن عرفة لم أعرف فيها نصاً للمتقدمين ، والأظهر جريهـــا على حكم الوصية له ، ففي سماع ابن القاسم كراهة الوصية لليهودي والنصراني ، وكان قبل ذلك يجيزها اهـ ، وكأنه لم يقف على ما في نوازل ابن الحاج من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز . « ق » روى ابن المواز وابن عبدوس عن الإمام مالك «رض»من أوصى لأقاربه قسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد . محمد الإمام مالك «رض» لا يدخل فيــه ولد البنات وقاله في العتبية عيسى ، وينظر فيه على قدر ما يرى ويترك ، فربما لم يترك غير ولد البنات وولد الخالات. ابن يونس أراد فيعطوا حينئذ . ابن القاسم لا يدخل الخال والخالة ولا قرابته من قبل أمه إلا أن يكون له قرابة من قبل أبيه .

وفي المتيطية اختلف إذا أوصى لقرابته أو ولد قرابته على ثلاثة أقوال . ابن القاسم لا يدخل فيه قرابته لأمه بحال ، وروى مطرف وابن الماجشون عن الإمام مالك «رض» أنهم يدخلون بكل حال. ابن حبيب وهو قول جميع أصحاب مالك رضي الله تعالى عنهم

وَمَوَالِيهِ ٱلْمُعْتَقَ ، وَوَلَدُهُ وَمُعْتَقَ أَبِيهِ وَٱبْنِهِ ، وَقَوْمُهُ عَصَبَتُهُ فَقَطْ ، وَطِفْلٌ وَصَبِيٌّ ،

أجمعين . وقال عيسى بن دينار يدخلون في عدم قرابته من الرجال . وأما إن لم يكن له يوم أوصى قرابة إلا من قبل النساء ، فلا اختلاف أن الوصية تكون لهم ا هـ ،ونقلها في التوضيح عن المتين ، وظاهر العز وترجيح الثاني الذي مشى عليه المصنف فسقط تورك «ق» عليه ، لكن درج المصنف في باب الوصية على قول ابن القاسم ، إذ قال وفي الأقارب أقاربه لأمه إن لم يكن له أقارب لأب . تت لم أقف على هذا اللفظ أي نصرى والذي في الصحاح والنصارى جمع نصران ونصرانة كالندامى جمع ندمان وندمانة ، ثم قال ولكن لم يستعمل نصران إلا بياء النسب لأنهم قالوا رجل نصراني وامرأة نصرانية ا هـ،وأجيب بأن نصرى لغة في النصارى وإن كانت رديئة .

(و) تناول (مواليه) أي الواقف بفتح الميم جمع مولى (المعتق) بفتح التاء الذي باشر الواقف عتقه (وولده) أي المعتق بالفتح (ومعتق) بفتح التاء (أبيه) أي الواقف (و) معتق (ابنه) أي الواقف ، فيها من أوصى بثلثه لموالي فلان وله موال أنعموا عليه وموال أنعم هو عليه كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين . الإمام مالك «رض» إن كان له موال من قبل أبيه وموال من قبل أمه وموال من قبل قرابته يوارثونه فليبدأ بالأقرب فالأقرب، وفيه ويعطى الآخرين منه إن كان في المال سعة إلا أن يكون في الأبعد من هو أحوج من الأقرب فيؤثرون عليه ويبدأ بأهل الحاجة أباعد او غيرهم ، وما في ذلك امر بين غير ما يستدل عليه من كلامه ويرى انه رآه . ابن شاس لفظ الموالي يشمل الذكور والأناث ، واختلف فيمن يدخل معهم في الحبس فروى انه يدخل معهم موالي أبيه وموالي ابنه وموالي الموالي .

(و) تناول (قومه) أي الواقف (عصبته فقط) أي لا من لو رجلت عصب . ابن عرفة لفظ القوم قبل الباجي قول ابن شعبان هو خاص بالرجال العصبة دون النساء ، لقوله تعالى ﴿ لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء ﴾ وقول زهير . اقوم آل حصن أم نساء ، (و) تناول (طفل) بكسر الطاء المهملة وسكون الفاء (وصبي

وَصَغِيرٌ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ ، وشَابٌ ، وحَدَثَ لِلأرْبَعِينَ ، وإلَّا ، فَكَهْلٌ لِلسِّتِّينَ ، وإلَّا فَشَيْخٌ وشَمِلَ ٱلأُنْثَى ، كَٱلأرْمَلِ ، والمِلْكُ لِلْوَاقِفِ ،

وصغير من) أي شخصاً (لم يبلغ) بفتح فسكونٍ فضم الحلم ولا المحيض . ابن شعبان لو قال اطفال اهلي تناول من لم يبلغ الحلم ولا المحيض ، وكذلك لو قال على صبيانهم أو صغارهم .

(و) تناول (شاب وحدث) بفتح الحاء والدال المهملين فمثلثة من بلغ منتهيا (للاربعين) سنة ،وهل بدخوله فيها او بكمالها تقريران لابن عرفة والمتيطي. ابن شعبان لو قال على شبابهم او على أحداثهم كان ذلك لمن بلغ منهم الى ان يكمل أربعين عاماً (وإلا) يكن في سن ما سبق بأن تجاوز سنه الأربعين (فـ) هو (كهل) بفتح الكاف وسكون الهاء (للستين) عاماً (وإلا) يكن ابن ستين بأن تجاوزها (فـ) هو (شيخ) إلى منتهى عمره (وشمل) بفتح الشين المعجمة وكسر الميم كل واحد من طفل وما بعده (الأنثى) وشبه في شمول الأنثى فقال (ك) لفظ (الأرمل) بفتح الهمز والميم وسكون الراء آخره لام .

ابن شعبان لو قال على كهولهم كان لمن جاوز الاربعين من ذكورهم وإناثهم إلى ان يكمل الستين،ولو قال على شيوخهم كان لمن جاوز الستين من الذكور والإناث،ولو قال لاراملهم لكان للرجل الارمل كالمرأة الارملة ، لقول الحطيئة فمن لحاجة هذا الارمل . ابن عرفة الشاهد المذكور إنما هو لجرير .

(والملك) بكسر الميم على الشيء الموقوف باق (للواقف) ابن عرفة صرح الباجي ببقاء ملك المحبس على حبسه وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسها. وقول اللخمي آخر الشفعة التحبيس يسقط الملك غلط اهـ، وفي رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الحبس سئل عن رجل حبس على أولاده الصغار والكبار ووكل عليه من حازه لهم وأكراه فقال الكبار نحن نحوزه لأنفسنا ، فقال لا يكون ذلك لهم وهو على ما وضعه

عليه . ابن رشد . هذا كما قال لأن الحبس ليس بملك للمحبس عليه كالهبة التي هي ملك للموهوب له فلا يصح للواهب أن يجعلها له على يد غيره إذا كان كبيراً ، وإنما يفتله المحبس عليه على ملك محبسه فله أن يوكل عليه من يحوزه للكبير ويجري عليه غلته ، ويجوز له ذلك في حياته وبعد مماته ولا كلام للمحبس عليه فيه اهـ ، وهذا في غير المساجد ، وأما هي فلا خلاف أن ملك محبسها قد ارتفع عنها قاله القرافي في حبس الذخيرة ومثله في الفرق التاسع والسبعين من قواعده ، ونصه هل يفتقر الوقف إلى القبول أم لا ، فيه خلاف ، ومنشؤه هل أسقط الواقف حقه من منافع الموقوف كالعتق فلا يفتقر للقبول او ملك منافع العين الموقوفة للموقوف عليه فيفتقر للقبول كالبيع والهبة ، وهذا إذا كان الموقوف عليه معيناً . وأما غير المعين فلا يشترط قبوله لتعذره هذا في منافع الموقوف .

أما ملكه فاختلف فيه هل يسقط أو هو باق للواقف ، وهذا ظاهر المذهب ، لأن الامام مالكاً «رض» أوجب الزكاة في ثمر الحائط الموقوف على غير معينين نحو الفقراء إذا كان خمسة أوسق ، ثم يفرق الباقي على الموقوف عليهم بالاجتهاد ، وأما ثمر الحائط الموقوف على معينين فيفرق عليهم ثم من نابه نصاب زكاة ، واتفق العلماء في المساجد أن وقفها إسقاط ملك كالعتق فلا ملك لمخلوق فيها لقوله تعالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾ ولإقامة الجمعة فيها وهي لا تقام في مملوك لا سيما على أصل الامام مالك «رض» من أنها لا يصليها أرباب الحوانيت فيها لملكها وحجرها ، فلا يجري في المساجد القولان اهـ .

وقبل أبو القاسم بن الشاط السبتي جميعه ، ويشهد له ما في سماع موسى بن معاوية من كتاب الصلاة سئل ابن القاسم عن مسجد بقرية قوم فتنازعوا فيه وقسموه بينهم بحائط وسطه أيجوز أن يكون مؤذنهم واحداً ، وكذا إمامهم فقال ليس لهم قسمه ، لأنه خرج لله تعالى وإن كانوا بنوه جميعاً وقال أشهب مثله ولا يجزيهم مؤذن واحد ولا إمام واحد . ابن رشد هذا كما قال لأن ملكهم قد ارتفع عنه حين بنوه ، فان قسموه فلم حكم المسجد

في الأذان والإمام إن فصلوا بينها بحاجز يتميز به كل منهما عن الآخر وإن لم يجز لهم. وفي قواعد المقري وقف المساجد إسقاط ملك اجماعاً ، وفي وقف غيرها قولان بنقل وإسقاط أفاده « غ ».

الحط هذا خلاف ما حكاه في النوادر في أول كتاب الحبس أن المساجد باقية على ملك محبسها أيضاً ، ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الاستدلال على جواز التحبيس والرد على شريح القائل لا حبس عن فرائض الله وبقاء إحباس السلف دائرة دليل على منع بيعها وميراثها ، والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكها إلى ملك أحد وهي باقية على ملكه ، وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان ، وأصل الملك فليس لورثته حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقياً عليه ا ه ، والله أعلم .

(لا) عاطفة على الملك ومعطوفها (الغلة) الناشئة من الشيء الموقوف فليست لواقفه بل للموقوف عليه . ابن شاس الموقوف عليه يملك الغلة والثمرة واللبن والصوف والوبر من الحيوان الموقوف ، وفرع على كون الملك للواقف فقال (فله) أي الواقف (ولوارثه) أي الواقف الذي انتقل له ملك الوقف دون منافعه (منع من) أي شخص (يريد إصلاحه) أي الوقف المحتاج للإصلاح . «غ» بهذا قطع ابن شاس وابن الحاجب تبعاً لابن شعبان ، ووجهه ابن عبد السلام بأن الحبس مملوك لمحبسه وكل مملوك لا يجوز لغير مالكه تصرفه فيه بدون إذن مالكه .

ابن عرفة الجاري عندي في هذا على أصل المذهب التفصيل بأن خرابه إن كان لحادث نزل به دفعة كوابل مطر أو شدة ريح أو صاعقة ، فالحكم كما قالوا ، وإن كان بتوالي عدم إصلاح ما ينزل به من انهدام شيء بعد شيء ، والموقوف عليه يستغل باقيه كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد يأخذون غلتها ويدعون إصلاحها حتى يتوالى عليها غلتها ويدعون إصلاحها حتى يتوالى عليها الخراب الذي يذهب كل منفعتها أو جلها، فهذا

الواجب فيه تمكين من تطوع بإصلاحه منـــه ، ولا مقال بمنعه لمحبسه ولا لوارثه ، لأن مصلحه قام بأداء حق عنه لعجزه عن أدائه أو لدده .

(و) إن أكرى الوقف ناظره بكراء لا غبن فيه على الوقف ثم وجـــد من يزيد في كرائه فـ (لا يفسخ) بضم التحتية (كراؤه) أي الوقف (لزيادة) أرادها غير مكتريه. « غ » أراد إلا أن يثبت الغبن . ابن عات عن المشاور إن أكرى ناظر الحبس على يـــد القاضي ربع الحبس بعد النداء عليه والاستقصاء ثم جاءت زيادة فليس له نقض الكراء ولا قبول الزيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء غبناً على الحبس فتقبل الزيادة ولو ممن كان حاضراً ، وكذا الوصي في مؤاجرة يتيمه وكراء ربعه ، ثم يجد زيادة فلا ينقض الإجارة بلا ثبوت غبن إن فات وقت كرائها ، فإن كان قبل ذلك نقض الكراء وأخذت الزيادة . ابن عرفة ظاهر أول كلامه إن لم يكن فلا تقبل الزيادة ولو لم يفت الإبان والاول أقيس والثاني أحوط .

(ولا يقسم) بضم التحتية وفتح السين من كراء الوقف (الا) كراء (ماض زمنه) لأن قسم ما لم يمض زمنه يؤدي إلى اعطاء من لم يستحق بموته قبل مجيء زمانه وحرمان من يستحق بولادته أو قدومه بعد قسمه في زمنه . ابن شاس عبد الملك لا يجوز لولي الصدقة أن يكريها بنقد ، لأنه قد يضع في ذلك وهو لا يقسم الكراء عليهم قبل كمال سكنى المكترى ، لأنه انما يقسم على من حضر يوم القسمة ، فمن ولد قبلها ثبت حقـــه ، ومن مات بعدها ، وقبل تمام أمد السكنى سقط حقه ، فإذا أقسمه قبل كمال أمد السكنى فقد يموت من أخذ منه قبل أن يجب له ويحرم من يولد بعد القسمة ويستمر حياً الى تمام أمد السكنى .

ونص ابن عرفة عبد الملك في المبسوط المقدم على الأحباس لينفذها في أهلهـــا وهي معقبة انما يكريها السنة والسنتين ، فإن مات قبل ذلك نفذ الكراء ولحائزها لنفسه كراؤها الخمس والست بالنقد وغيره ، وليس ذلك للمقدم في كراء النقد ، لأنه يضع من الكراء ولا يقدر على قسمه قبل تمام أمد السكنى ، لأن المعقب مجهول ، ولا يكون القسم

وأَكْرَى نَاظِرُهُ ، إنْ كانَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، كَالسَّنَتَيْنِ ، وَلِمَنْ مَرْجِعُهَا لَهُ كَالْعَشْرِ ،

الا على من حضر يومه . فإن قسمه قبل ذلك فقد أعطى من الغلة من قد يموت قبل وجوب ذلك له .

(وأكرى) الوقف جوازاً (ناظره) أي الوقف لغير من مرجعه له (ان كان) الوقف (على معينين) ومفعول أكرى (كالسنتين) ابن عرفة المتيطي يجوز كراء من حبس عليه ربع من الاعيان أو الاعقاب لعامين لا أكثر في رواية ابن القاسم . وفي سماع أشهب اجازته لخمسة وعشرين سنة ، وبالرواية الأولى القضاء . قلت الذي في رواية أشهب عشرون ، قال والحبس على غير معين كالمرضى والمساكين أو مسجد وقنطرة يجوز لمدة طويلة ، واستحسن قضاء قرطبة كونه لأربعة أعوام خوف اندراسه بطول مكثه بيد مكريه .

عبد الملك في المبسوط المقدم على الإحباس لينفذها في أهلها وهي معقبة إنما يكريها السنة والسنتين ، فإن مات قبل ذلك نفذ الكراء ولحائزها لنفسه كراؤها الخمس والست ، وحدثنى من وثقت به أن مالكاً رضي الله تعالى عنه تكارى مسكنه على هذه الحال وهو صدقة عشر سنين واستكثره المغيرة وغيره ، ولهذا أن يكري بالنقد وغيره ، وليس ذلك للمقدم في كراء النقد لأنه يضع من الكراء ولا يقدر على قسمه قبل أمد السكنى ، لأن العقب مجهول ولا يكون القسم إلا على من حضر يومه ، فإن قسمه قبل ذلك فقد أعطى من الغلة من قد يموت قبل وجوب ذلك له .

(و) أكراه (لمن) أي شخص (مرجعه) بفتح فسكون فكسر ، أي رجوع الوقف (له) عيب ولو ملكا فيما يظهر (كالعشر) سنين . ابن شاس عبد الملك يكرى من مرجع الرقبة لآخر بعده فيجوز له أن يعقد كراء مثل الاربع سنين والخمس ، قال وقد أكرى مالك منزله عشر سنين وهو صدقة على هذا الحال ، فإذا حبس داراً على زيد حياته ثم على عمرو ، أي ثم تكون هبة لعمرو فيجوز لزيد كراؤها لعمرو عشرة أعوام ، وقيد كلام

المصنف بها إذا لم يشترط الواقف مدة وإلا عمل بها ، وبما إذا لم تدع الضرورة لكرائها لأكثر من ذلك لمصلحة الوقف وإلا جاز ما تدعو الضرورة له كما وقع في زمن القاضي ابن باديس بالقيروان إن داراً حبساً على الفقراء خربت ولم يوجد ما تصلح به ، فأفتى بأنها تكرى السنين الكثيرة كيف تتيسر بشرط إصلاحها من كرائها ولم يسمح ببيعها وهو المعول عليه ، وأراد المصنف بناظره الموقوف عليه ، وأما غيره فيجوز له أن يكرى أزيد من ذلك ، لأن الإجارة لا تنفسخ بموته أفاده الخرشي وعب .

ابن عرفة في مقرب ابن أبي زمنين من حبست عليه دار وعلى عقبه أو غيرهم أو جعل لهم السكنى فيها حياتهم ، فلا يجوز له أن يكريها بالنقد إلا سنة أو سنتين ، ويجوز أن يكريها سنين كثيرة بكراء منجم كلما انقضى نجم دفع كراءه ، أو كلما دخل نجم قدم كراءه إن كان النجم يسيراً ، هذا مذهب ابن القاسم وابن وهب وروايتهما . ابن العطار استحسن الاحتياط في الحبس بأن لا يكرى ممن يجاوره خوفاً من أن ينتقص منه ولا من ذي قدرة لغير ما وجه .

(وإن بنى) شخص (محبس) بفتح الموحدة مثقلة (عليه) في الحبس (فإن مات) الباني (ولم يبين) بضم ففتح فكسر مثقلاً . الباني كون ما بناه ملكا أو وقفاً (فهو) أي المبني (وقف) قل أو كثر ، قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة ، فلا شيء لوارثه فيه وإن كان بين أنه ملك له فهو لورثته . وقال ابن القاسم إن لم يبين فهو لورثته، وصوبه أكثرهم قاله تت .

« ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من حبس داراً على ولده وولد ولده فبنى فيها أحد البنين وأدخل خشبة أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذكراً فلا شيء لورثته فيه . ابن القاسم إن كان قد أوصى أو قال هو لورثتي فذلك لهم ، وإن لم يذكر فلا شيء لهم فيه قل أو كثر . المغيرة لا يكون من ذلك صدقة محرمة إلا فيما لا بال له من الميازب والستر وما خطر يورث عنه ويقضى به دينه . عب ومفهوم محبس أنه إن بنى أجنبي غير محبس عليه كان ملكا له كما في النوادر فله نقضه أو قيمته منقوضاً

وَعَلَى مَنْ لَا يُحَاطُ بِهِمْ ، أَوْ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ ، أَوْ عَلَى كَوَلَدِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهُمْ ، فَضَّلَ ٱلْمُوَلَّي أَهْلَ ٱلْحَاجَةِ وَٱلْعِيَالِ فِي غَلَّةٍ وَسُكْنَى ، وَلَمْ يُخْرَجْ سَاكِنٌ لِغَيْرِهِ ،

كما أفاده قوله المتقدم إلا المحبسة فالنقض وهذا ان لم يحتج له الوقف والاوفى من غلته بمنزلة بناء الناظر والغرس كالبناء البنائي إن بنى المحبس عليه وبين أنه ملك فالظاهر أنه كبناء الأجنبي فليس لورثته إلا قيمته منقوضاً أو الإنقاض قاله بعض الشيوخ .

(و) إذا وقف عقار اللاغتلال أو السكنى (على من لا يحاط به) كالفقراء والمساكين والعلماء والمرابطين والمجاهدين (أو) على (قوم وأعقابهم أو) وقف (على كولده) وولد ولده أو أخوته أو بني عمه (ولم يعينهم) أى الواقف أولاده (فضل) بفتح الفاء والضاد المعجمة مثقلة الناظر (المولى) بضم الميم وفتح الواو واللام مثقلة على الوقف ومفعول فضل (أهل الحاجة) الشديدة (و) أهل (العيال) بكسر العين المهملة على خفيف الحاجة ومن لا عيال له أو قليله ، وصلة فضل (في غلة وسكنى) على المشهور. وقال ابن الماجشون لا يفضل إلا بشرط من الواقف . ابن عرفة قسم ما على غير منحصر بالاجتهاد اتفاقاً وروى ابن عبدوس من حبس على قوم وأعقابهم فهو كالصدقة يوصي أن تفرق على المساكين لمن وليها أن يفضل ذا الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة ، وكذا غلة الحبس .

ابن رشد المشهور أن قسم الحبس المعقب بين آحاده بقدر حاجتهم وما على معينين هم فية بالسواء ، ومعلوم قول ابن القاسم وروايته أن الآباء يؤثرون على الأبناء ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم ، وسواء قال حبس على ولدي ولم يزد فدخل معهم الأبناء بالمعنى أو قال على ولدى وولد ولدي فدخلوا معهم بالنص ، ومفهوم لم يعين انه إذا عين كولدي زيد وبكر وهند أن المولى يسوى بينهم .

(و) إن فضل المولى على الوقف على من لا يحاط بهم كبني زهرة أو قوم وأعقابهم بعضهم بالسكنى لشدة فقره ثم استغنى فـ (لا يخرج) بضم التحتية وفتح الراء شخص

إلاَّ بِشَرْطٍ أو سَفَرِ ٱنقِطَاعٍ أو بَعِيدٍ.

(ساكن) فقير فضله المتولى بالسكنى في الحبس على من لا يحاط بهم كبني زهرة أو قوم واعقابهم ثم استغنى ، وأما الحبس على الفقراء إذا سكنه فقير ثم استغنى فإنـه يخرج لفقير آخر قاله ابن رشد ، لزوال الوصف الذى قصده الواقف بالتحبيس (لـ) أجـل سكنى فقير (غيره إلا لشرط) من المحبس ان من استغنى يخرج لغيره فيخرج عملا بشرطه فيها للامام مالك « رض » من حبس داراً على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكناً ، فقال الذى لم يجد أعطوني من الكراء بحساب حقي فـلا كراء له ولا أرى أن يخرج أحد لأحد ، ولكن من مات أو غاب غيبة بعيدة يريد المقـام بالموضع الذى انتقل اليه استحق الحاضر مكانه .

وأما إن أراد السفر إلى موضع ثم يرجع فهو على حقه ، قال في كتاب محمد وله أن يكرى منزله إلى أن يرجع وسمع عيسى ابن القاسم من حبس على قوم متفاوتين في الغنى والفقر اجتهد في ذلك يسكن فيها من يرى أو يكريها ، فيقسم كراءها بينهم ومن سبق فسكن فهو أولى ولا يخرج منها . ابن رشد معناه في غـير المعينين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان ، ولو كان على معينين مسمين فلا يستحق السكنى من سبق اليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم قاله ابن القاسم ، محمد وغنيهم وفقيرهم سواء .

(أو) لـ (سفر انقطاع) ببلد آخر فيخرج ، ومفهوم انقطاع انه سافر ليعود فلا يسقط حقه وله كراؤه حتى يعود (أو) لحصول سفر (بعيد) ابن رشد إن سافر ليعود فهو على حقه ، بخلاف ما إذا سافر لمحل بعيد يشبه الانقطاع أو يريد المقام في الموضـــع الذي سافر اليه .

(تنبيهات)

الأول : في التوضيح من سكن من أهل الحبس مع أبيه فبلغ ، فان كان قوياً يمكنـه الانفراد فله مسكنه من الحبس ، وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه وأما من ضعف عن الإنفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فله حقه في المسكن . وأمـا الإناث فلا مسكن لهن في كفالة الأب قاله عبد الملك في المجموعة .

الثاني : طفي جمع المصنف في قوله ومن لا يحاط بهم الخ المسائل الثلاثة في الحكم ،ثم فرع عليها قوله ولا يخرج ساكن اذا استغنى ولا يأتي تفريعه على من لا يحاط بهم لاقتضائه أنه اذا كان حبساً على الفقراء وسكن بعضهم ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره وليس كذلك . ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من استحق مسكناً من حبس على الفقراء لفقره أخرج منه ان استغنى ا ه ، وان جعل قوله ولا يخرج ساكن مستأنفاً غير مفرع على ما قبله يرد عليه أنه أطلق في محل التقييد ، وصنيع ابن الحاجب أحسن منه لأنه جعل مسألة تفضيل المتولي في الحبس المعقب ، وكذلك هي في كلام الائمة في المجموعة وابن شاس وابن رشد وغير واحد ، ثم ذكر ابن الحاجب الخلاف في الحبس على ولده أو ولد ولده هل هو كالمعقب أو الغني والفقير سواء ، ثم فرع عليه ولم يخرج ساكن لغيره وان غنياً ، ثم قال ومن وقف على من لا يحاط بهم فقد علم حمله على الإجتهاد ا ه ، أي الأمر فيه ظاهر ، اذ كلام الائمة وخلافهم في العتبية ، وبه تعلم أن اعتراض ابن عرفة على ابن الحاجب في قوله ولا يخرج ساكن لغيره بشموله للفقراء غير وارد عليه ، لأنه فصل وكأنه فهم أن قوله ولا يخرج الخ مستأنف وليس كذلك والله أعلم .

البناني وفيه نظر ، بل التفريع على الثلاث فما فعله المصنف صواب ، لأن الحبس على من لا يحاط بهم كالمدرسة وكالحبس على بني زهرة مثلاً اذا فضل المتولي أهل الحاجة منهم بالسكنى فلا يخرج لغيره ، وان استغنى مثل المعقب كما دل عليه كلام ابن رشد وغيره وما تقدم عن ابن رشد من أنه يخرج لغيره انما هو اذا زال الوصف الذي قصده المحبس كالفقر في الحبس على الفقراء ، وكطلب العلم في التحبيس على الطلبة ، والله أعلم .

﴿ باب ﴾

الْهِبَةُ ، تَمْلِيكٌ بِلاَ عِوَضٍ وَلِثَوَابِ ٱلآخِرَةِ ، صَدَقَةٌ .

(باب)

في بيان الهبة وأحكامها وما يتعلق بها

(الهبة) أي حقيقتها شرعاً (تمليك) أي لذات جنس يشمل الهبة والبيع ونحوه (بلا عوض) فصل يخرج البيع ونحوه ، أي لوجه المعطى بالفتح فقط أو له ولثواب الآخرة معا بقرينة ما بعده فصل يخرج الصدقة (و) التمليك لذات بلا عوض (لثواب) الله تعالى في الدار (الآخرة صدقة) ابن عرفة الهبة أحد أنواع العطية وهي تمليك متمول بغير عوض انشاء فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث ارثه ، ويدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة ، والعارية والحبس تقدما ثم قال والهبة لا للثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض ، والصدقة كذلك لوجه الله تعالى بدل المعطى . وفي كون الهبة مع كونها كذلك مع إرادة الثواب من الله تعالى صدقة أو قولا الاكثر ومطرف حسبما يذكر في الاعتصار فتخرج العارية والبيع .

(تنبيهات)

الاول : طفي قوله ولثواب الآخرة صدقة مراد المصنف الحكم على الهبة إذا أريد بها وجه الله تعالى بأنها صدقة ، لأنه مختلف فيه ، والتقدير والهبة لثواب الآخرة صدقة وهو معطوف على محذوف أي الهبة تمليك بلا عوض لوجه المعطى والهبة لثواب الآخرة صدقة ، وسيأتي للمصنف لا ما أريد به الآخرة ، وليس مراد المصنف التفريق بين الهبة والصدقة ولو أراده لقال والصدقة لثواب الآخرة والله أعلم .

الثاني : نص اللخمي وابن رشد على أن الهبة مندوبة ، وحكى ابن رشد عليه الإجماع

وقد قيل لا ثواب فيها ومن لازم المندوب أنه يثاب عليه ، والظاهر أن المهدي إن قصد الرياء والمدح فلا ثواب له ، وإن قصد التودد للمعطى غافلا عن حديث تهادوا تحابوا فكذلك ، وإن استحضر ذلك فإنه يثاب قاله بعض الشيوخ ، أفاده البناني .

الثالث : الهبة أحد مصادر وهب يقال وهب له شيئاً وهباً ووهبا بالتحريك وهبة والاسم الموهب والموهبة بالكسر فيهما قاله الجوهري ، ولا يقال وهبته بل وهبت له ، وحكى السيرافي عن أبي عمرو أنه سمع أعرابياً يقول إنطلق معي أهبك نيلا .

الرابع : سئل ابن رشد عن حديث داووا مرضاكم بالصدقة ، فأجاب بأني لست أذكره في نص من المصنفات الصحيحة ولو صح فمعناه الحث على عيادة المرضى ، لأنها من المعروف ، وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء فينفعه في الدواء . البرزلي حمله بعض شيوخنا على ظاهره ، وأنه إذا تصدق عنه وطلب له الدعاء من المتصدق عليه يرجى له الشفاء ، والحديث أخرجه الطبراني والبيهقي ، وقال القرافي في تخريج أحاديث الإحياء حديث الصدقة تسد سبعين بابا من السوء رواه ابن المبارك في البر من حديث أنس بسند ضعيف إن الله ليرد بالصدقة سبعين بابا من ميتة السوء ، والله أعلم .

الخامس فيها من وهب لرجل هبة على أن لا يبيعها ولا يهبها فلا يجوز إلا أن يكون الموهوب له سفيها أو صغيراً فيشترط ذلك ما دام كذلك فيجوز ، وإن شرط ذلك بعد رشده فلا يجوز كان الواهب والداً أو أجنبياً . أبو عمران انظر ما معنى سفيهاً أو صغيراً وهما لا يجوز بيعهما شرط أو لا ، فلعله أراد لا تباع في نفقة احتاج لها من وليه ، وحصل ابن رشد فيها خمسة أقوال أحدها لا تجوز الهبة إلا إذا أبطل الواهب الشرط . ثانيها أن الواهب مخير بين إبطال شرطه واسترداد هبته . ثالثها بطلان الشرط وصحة الهبة . رابعها لزوم الهبة وإعمال الشرط فتكون بيد الموهوب له كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت فتورث عنه . خامسها تكون حبساً ، فإذا مات الموهوب له رجع إلى الواهب أو

ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

(وصحت) الهبة (في كل) شيء (مملوك) للواهب (ينقل) بضم التحتية وسكون النون وفتح القاف ، أي يقبل ملكه النقل شرعاً فلا تصح في مدبر وأم ولد واستمتاع بزوجة أو سرية وتعقب بجواز هبة ما لا يجوز نقل ملكه كجلد ضحية . وأجيب بأنه قابل للنقل بغير البيع ونحوه . ابن شاس الركن الثاني الموهوب وهو كل مملوك يقبل النقل وتبعه ابن الحاجب . ابن عبد السلام كالدار والثوب ومنافعهما لا ما لا يقبله كالاستمتاع بالزوجة وأم الولد ، زاد ابن هرون كالشفعة ورقبة المكاتب . ابن عرفة وهو حسن لأنهما ماليان ، وكذا الحبس فلا تصح هبته ، ، وقد دخل في كل مملوك وتدخل العارية وهو خلاف العرف ، وصلة صحت (ممن) أي كل شخص (له تبرع بها) أي الذات الموهوبة فلا تصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا رقيق ولا مفلس ولا بملك الغير مطلقاً ولا زوجة أو مريض بما زاد على ثلث مالها . ابن شاس الواهب من له التبرع . ابن عرفة ليس التبرع بأعرف من الهبة ، لأن العامي يعرفها دونه والأولى من لا حجر حينئذ عليه لأحد فيخرج من أحاط الدين بماله .

(و) تصح هبة المملوك إن كان معلوماً ، بل و (إن) كان (مجهولاً) فيها الغرر في الهبة لغير الثواب جائز لا في البيع ، ومن وهب لرجل مورثه من فلان وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز اهـ ، ونقله في النوادر عن كتاب ابن المواز . أبو محمد وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة . محمد بن عبد الحكم تجوز هبة المجهول وإن ظهر له انه كثير بعد ذلك . ابن عرفة من وهب مورثه وهو لا يدري كم هو جاز والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز بخلاف البيع .

اللخمي هبة المجهول والصدقة به ماضية ، ويستحب كونها بعد معرفة قدر العطية خوف الندم . قلت هبة ما جهل قدره في إرث نافذ في لزومها . ثالثها إن عرف قدر الميراث ولو جهل نصيبه منه ، وإن جهل قدر الميراث فلا تلزمه ، ولو عرف نصيبه منه

لها مع ابن رشد عن أشهب وابن عبد الحكم قائلا ولو ظهرت كثرتها ، ونقل اللخمي عن ابن القاسم في العتبية من تصدق بميراثه ثم بان له أنه خلاف ما ظنـــه فله رده ، وكذا في الواضحة وابن فتوح عن بعضهم مع ابن رشد عن بعض المتأخرين على معنى ما في المدونة . ابن رشد وهو تفريق غير صحيح لا وجه له إلا أن يشك فيما بين الجزءين ككون الزوج لا يدري هل إرثه النصف أو الربع ،فيكون للتفرقة بين ذلك وبين جهل قدر المال وجه وهو أن من شك فيما بين الجزءين رضي بهبة أكثرهما فوجب أن يلزمه .

وقال ابن رشد قول ابن القاسم إنما هو فيمن وهب إرثه من أبيه في مرضه قبل موته ، والصحيح لا فرق بين كونه في مرضه قبل موته أو بعد موته ، وعلى الثاني قال اللخمي إن ظن الموروث داراً معينة بان أنها دار أخرى أو طرأ مال لم يكن يعلمه حاضراً فـله رده كدار والطارىء وإن ظن في الحاضر قدراً بان أنه أكثر كان شريكاً بالزائد ، وفي عارضة ابن العربي في جواز هبة المجهول روايتان ، وفيها فيمن وهب نصيباً من دار لم يسمه قيل له أقر بما تشاء مما يكون نصيباً . اللخمي هذا على مراعاة اللفظ وعلى المقصد إن أقر بما يشبه هبة مثله لمثل الموهوب له قبل وإلا لزمه ما يشبه ، وعلى الأول في لزوم حلفه نقـــلا ابن أبي زمنين عن أشهب ولبن فتوح عن المذهب ، وسمع عيسى ابن القاسم من تصدق بإرثه من أبيه إن مات والأب باق فلا يلزمه لجهله قدره .

ابن رشد عدم لزومه لجهله قدره لا لأنه وهب ما لم يملك ، بل مـا يملك لتقييده بموته خلاف سماعه ، أصبغ انه يلزمه إلا أن يقول ظننت قلته ولو علمته هذا القدر ما وهبته ، وأشبه قوله فيحلف ولا يلزمه . وحمل بعضهم سماع أصبغ على أنه بعد موت الأب وسماع عيسى على أنه قبله قال وهو قولها إن الوارث لا يملك الإرث في مرض موته إنما يملك فيه الحجر عليه فيما زاد على الثلث ، قال وفي الموطأ ما يدل على سقوط مـا وهبه في مرض مورثه من إرثه منه وكل ذلك غير صحيح ، بل في الموطأ أن هبـة إرثه في مرض مورثه لازمة ، وليس في المدونة خلافه ولا في هذا السماع نص على ذلك لاحتمال حمله على أن هبته كانت في صحة مورثه ، وفي الحقيقة لا فرق بـين الصحة والمرض ، ففي لزوم ذلك في

الصحة والمرض ثالثها في المرض ، وفي تنبيه ابن بشير حكى محمد الإجماع على جواز هبة المجهول قولان ، وهو غلط منه لما رأى من الخلاف فيمن وهب مجهولاً ، وقال ما ظننته هذا المقدار هل له رده أم لا .

(فرع)

في الموازية إن تصدق عليه ببيت من داره ولم يسم له مرفقاً فليس له منعه من مدخل ومخرج ومرفق ببيت ومرحاض وإن لم يسمه في الصدقة ، وليس له أن يقول له افتح باباً حيث شئت ، وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم .

(فرع)

في المدونة إذا وهب له حائطه المثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمر فإن كانت لم تؤبر فهي للموهوب له ، وإن كانت مؤبرة فهي للواهب .

ويقبل قوله بلا يمين وتصح هبة المملوك إن جاز بيعه، بل (وإن) كان (كلباً) مأذوناً فيه . ابن عبد السلام اتفاقاً ، وأما غير المأذون فيه فقال الشارح الظاهر عدم جواز هبته. ابن عرفة قول ابن شاس تصح هبة الآبق والكلب واضح لتقرر ملكه ولغو الغرر في الهبة وسواء كان الموهوب شيئاً موجوداً في الخارج (أو) كان (ديناً) في ذمة المدين فيها ولو كان دينه على غيرك فوهبه لك ، فإن أشهد بذلك وجمع بينك وبين غريمه ودفع اليك ذكر الحق إن كان عنده فهذا قبض ، وإن لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضاً ، وكذلك إن أحالك عليه في غيبته وأشهد لك وقبضت ذكر الحق كان ذلك قبضاً ، لأن الدين هكذا يقبض.

(وهو) أي تمليك الدين أو هبته وذكره مراعاة لخبره (إبراء) أي إسقاط الدين عن ذمة مدينه تفريع لهـا منه (إن وهب) بضم فكسر الدين (لمن) أي مدين أو المدين الذي (هو) أي الدين ثابت (عليه) أي المدين ، ظاهره أنه لا يحتاج لقبول المدين وهذا قول أشهب « رح » ، وصدر في اختصار المتيطية بأنه إن لم يقبل حتى مات بطلت الهبة وهذا قول ابن القاسم وخلافهما إذا سكت ولم يصرح بقبول ولا رد . ابن عرفة اللخمي

والمتيطي لو لم يقبل الموهوب له في عقد الهبة قبلت حتى مات الواهب ففي بطلانها قولا، ابن القاسم وأشهب ، ولو رد الهبة بطلت على كل حـــال ففيها من وهبك ديناً له عليك فقولك قبلت قبض ، وإذا قبلت سقط الدين ، وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله (وإلا) أي وإن لم يهب الدين لمن هو عليه بان وهبه لغيره (ف) هبته لغير مدينه (كالرهن) للدين في توقف قبضه على إشهاده بذلك وجمعه بينه وبين المدين .

ودفع ذكر الدين للموهوب له إن كان له ذكر . عبد الحق دفع ذكره شرط في صحة قبضه ، وقال ابن العطار كمال . وفي التوضيح عن البيان الاتفاق على عدم اشتراط الجمع بينه وبين غريمه . ابن الحاجب وتصح هبـــة الدين وقبضه كقبضه في الرهن . ابن شاس تصح هبة الدين كما يصح رهنه ، وقبضه كقبضه في الرهن مـــع إعلام المديان بالهبة . ابن عرفة فالحاصل أنه إن أشهد له وأحاله على مدينه لحضوره ودفـــع له ذكر الحق كفى اتفاقاً ، وإن تعذر كفى الإشهاد والقبول ، وفي لزوم دفع ذكر الدين إن كان قولان لها ، وظاهر قول ابن أبي زمنين والأول هو ظاهر كلام اللخمي .

ونص عبد الحق عن بعض شيوخه إن لم يدفع ذكر الدين للموهوب حتى مات الواهب بطلت الهبة كدار مغلقة لم يعطه مفتاحها . البناني وفي التشبيه بالرهن إحالة عـــلى مجهول لعدم تقدم رهن الدين في كلام المصنف ، وهذه الاحالة في كلام ابن الحاجب إلا أن ابن الحاجب ذكر رهن الدين فجاءت الإحالة في كلامه حسنة .

وتصح هبة المملوك إن لم يكن رهناً ، بل (و) إن كان (رهناً) في حق (لم يقبض) بضم التحتية وسكون القاف وفتح الموحدة، أي لم يقبضه المرتهن ولا غيره من راهنه حتى وهبه لغير مرتهنه فالموهوب له أحق به من مرتهنه (و) قد (أيسر راهنه) بالدين المرهون فيه ، فإن كان معسراً فمرتهنه أحق به . فيها من رهن عبده ثم وهبـــه جازت الهبة ويقضى على الواهب بافتكاكه إن كان له مال، وإن لم يقم الموهوب حتى افتكه الواهب فله أخذه ما لم يمت الواهب فتبطل الهبة ، وليس قبض المرتهن قبضاً للموهوب له إن مات

أو رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ ، وإلاَّ قُضِيَ بِفَكِّهِ ، إنْ كانَ مِمَّا يُعَجَّلُ
وإلاَّ بَقِيَ لِبَعْدِ ٱلأَجلِ بِصِيغَةٍ ،

الواهب ، لأن للمرتهن حقاً في رقبة العبد . أشهب الا أن يقبضه الموهوب قبل أن يحوزه المرتهن فهو أحق به ان كان الواهب ملياً والا فالمرتهن له أحق به الا في هبة الثواب فتنفذ الهبة بكل حال ، ويعجل للمرتهن حقه من الثواب كالبيع . وان كانت الهبة لغير ثواب فقبضها الموهوب قبل حوز المرتهن والواهب ملىء ثم أعدم فليتبع بالدين وتمضي الهبة ، وإن وهبه ثم قاما قبل أن يحوزه واحد منهما ، فإن كان موسراً جازت الهبة ، وكان الموهوب أحق به من المرتهن ، وحكم للمرتهن بتعجيل حقه ، فإن أعسر بعد ذلك اتبعه بحقه وهو بمنزلة من وهب ثم وهب وحازه الثاني فهو أحق من الأول. وقال ابن القاسم في هذا الأصل الاول أحق به لا سيا ان كان الرهن شرطاً في أصل العقد .

(أو) لم يوسر راهنه و (رضي مرتهنه) أي الرهن الذي وهبه راهنه لغير مرتهنه بدفعه للموهوب له بعد قبضه وأولى قبله (وإلا) نفي لقوله لم يقبض،فالمعنى وإن كانت هبة الرهن بعد قبضه مرتهنه وراهنه موسر ولم يرض مرتهنه بدفعه للموهوب له (قضى) بضم فكسر (عليه) أي الراهن (بفكه) أي الرهن من الحق المرهون فيــه ودفعه للموهوب له (إن كان الدين) المرهون فيه (مما) أي الدين الذي (يعجل) بضم التحتية وفتح العين والجيم مثقلة ، أي يقضى على مستحقه بقبوله قبل حلول أجله ان عجله المدين بأن كان عينـاً مطلقاً أو عرضاً من خصوص قرض (وإلا) أي وان لم يكن الدين مما يعجل بأن كان عرضاً من بيع (بقي) بفتح فكسر مخففـاً أو بضم فكسر مثقلاً الرهن الموهوب بعد قبضه مرتهنه رهناً بيد مرتهنه أو الامين (لـ) ما (بعد) تمام (الاجل) للدين فيقضي الراهن الموسر الدين المرهون فيه ، ويدفع الرهن للموهوب لــه ، وليس للراهن الواهب أخذ الرهن من المرتهن ودفعـه للموهوب له قبـل تمام الاجل والإتيان برهن آخر ثقة عوضاً عنه لتعلق حق المرتهن بعينه ، وصلة صحت في كل مملوك (بصيغة) من مادة الهبة كوهبت وأنا واهب ، وهذا موهوب أو هبة وأنت موهوب لك كذا (أو)

بلفظ (مفهمها) بضم فسكون فكسرتين أي الهبة من غـير مادتها كأعطيت ومنحت وبذلت ونحلت .

ان كان مفهمها قولاً ، بل (وان) كان مفهمها مصوراً (بفعل) اذ المقصود الرضا ، فأي شيء دل عليه اعتبر. ابن شاس الركن الاول السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل ، ويتصل بالصيغة حكم العمرى والرقبى. ابن عرفة الصيغة ما دل على التمليك ولو فعلاً كالمعاطاة. في الذخيرة ظاهر مذهبنا الجواز وان تأخر القبول عن الإيجاب لما سيأتي من إرسالها للموهوب له مع رسول ، وقد وقع لاصحابنا أن للموهوب له التروي في القبول ا هـ ، ونصوص المذهب صريحة في ذلك ، وتقدم قول اللخمي والمتيطي اذا لم يقبل حتى مـات الواهب . ابن عرفـة ابن عات عن المشاور من سكت عن قبول صدقته زماناً فله قبولها بعـده ، فان طلب غلتها حلف ما سكت تاركاً لها وأخذها ا هـ.

ومثل للفعل فقال (كتحلية) بفتح الفوقيه وسكون الحاء المهملة ، أي جعل حلية من ذهب أو فضة كخلخال وأسورة وقرط لـ (ولده) فيختص الولد بها عن سائر ورثة أبيه ان مات، سمع ابن القاسم من مات بعد أن حلى ابنه الصغير حلياً فهو له لا ميراث. ابن رشد لانه يحوز لابنه الصغير ما وهب له وما حلاه به من الحلي فقد وهبه لـه مثل ما كساه من ثوب ، اذ هو مما يلبس كما يلبس الثوب وهو محمول على الهبة الا أن يشهد الاب أنه على وجه الإمتاع ا هـ.

وظاهر كلام المصنف اختصاص الولد بها وإن لم يشهد كما في الرواية وشرح ابن رشد لها ، وكأن «غ» لم يستحضر ما في الرواية ، فقال أشار به لقول أبي عمر في الكافي واذا حلى الرجل او المرأة ولدهما الصغير حلياً وأشهدا على ذلك ثم مات الاب او الام فالحلي الذي على الصبي له دون سائر الورثة ا هـ ، وفي الحاقه الام بالأب نظر ، لانهـا لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته له الا أن تكون وصية عليه على المذهب ، ويأتي على قول ضعيف

لاَ بِابْنٍ مَعَ قَوْلِهِ دَارَهُ وَحِيزَ ، وَإِنْ بِلاَ إِذْنٍ ، وَأُجْبِرَ عَلَيْــــهِ ، وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدَيْنٍ مُحِيطٍ ،

أنها تحوز له مطلقاً ، أو مراده اذا كان الاب حياً .

(لا) تنعقد الهبة في الأرض بقول الأب لابنه (ابن) فعل أمر من البناء فيها داراً وبناها فيها (مع قوله) أي الأب الذي أمر ابنه بالبناء هــذه (داره) أي الابن الذي بناها ، فإذا مات الأب فلا يختص الابن بالأرض ويشاركه فيها الورثة ، وللابن قيمة بنائه منقوضاً قاله ابن مزين ونصه من قال لابنه اعمل في هذا المكان كرماً أو جناناً أو ابن فيه داراً ففعل الولد في حياة أبيه ، وصار الأب يقول كرم ابني وجنان ابني ، فإن القاعة لا يستحقها الابن بذلك وتورث عن الأب ، وليس للابن إلا قيمة عمله منقوضاً، وكذا قول الرجل في شيء يعرف له هذا كرم ولدي أو دابة ولدي فليس بشيء ولا يستحق الولد منه شيئاً صغيراً كان أو كبيراً إلا باشهاد بصدقة أو هبة أو بيع ، وكذلك المرأة مع زوجها ، وقد يكون مثل هذا كثيراً في الناس في الولد والزوج ولا يريدون به التمليك .

(وحيز) بكسر الحاء المهملة وسكون التحتية فزاي ، أي أخذ الموهوب من واهبة بأذنه ، بل (وإن) كان حوزه (بلا إذن) من واهبه لخروج الموهوب من ملكه وصيرورته ملكا للموهوب له ومالاً من أمواله إذا قبله (و) إن امتنع الواهب من دفعه للموهوب له (أجبر) بضم الهمز وسكون الجيم وكسر الموحدة الواهب (عليه) أي تسليمه للموهوب له لذلك . فيها من وهب هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب له بغير أمر الواهب جاز قبضه ، إذ يقضى بذلك على الواهب إن منعه إياها .

(وبطلت) الهبة (إن) بكسر فسكون (تأخر) بفتحات مثقلاً حوزها (ل) حصول (دين محيط) بمال الواهب . الحط يعني إن الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب ، ظاهره ولو كان الدين حادثاً بعد الهبة وهو أحد القولين ، وعليه اقتصر ابن الحاجب . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت معطيها أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهي باطلة

أو وَهَبَ لِثَانٍ ، وَحَازَ أو أعتقَ الوَاهِبُ أوِ اسْتَوْلَدَ ، ولاَ قِيمَةَ
أوِ اسْتَصْحَبَ هَدِيَّةً ، أو أرْسَلَهَا ثُمَّ مَاتَ ،

إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ، ويقضى للمعطى بقبضها إن منعه معطيها . ابن يونس مطرف وابن الماجشون إذا ادان المعطي ما أحاط بماله وبالصدقة فالدين أولى والعطية باطلة والصدقة بيوم قبضها لا بيوم يتصدق بها خلافا لأصبغ .

(أو) إن تأخر حوزها حتى (وهب) الواهب الشيء الذي وهبه (ل) شخص (ثان) غير الموهوب له الأول (وحاز) الهبة الموهوب له الثاني فقد بطلت هبتها للأول عند أشهب ومحمد وأحد قولي ابن القاسم ، وظاهره علم الأول بالهبة له وفرط في حوزها أو لا مضى من الزمان ما يمكن فيه الحوز أم لا وهو كذلك .

(أو أعتق) الواهب الرقيق الموهوب قبل حوزه الموهوب له ، سواء علم الموهوب له أم لا كان العتق ناجزاً أو لأجل أو كتابة أو تدبير (أو استولد) الواهب الأمة قبل حوزها الموهوب له . فيها ومن وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته ثم أعتقه المعطي قبل حوز المعطى جاز العتق وبطل ماسواه علم المعطى بالهبة أو بالصدقة أو لم يعلم . قال في كتاب محمد وكذلك لو كانت أمته فأحبلها قبل الحيازة ، وكذلك في العتبية قيل له فهل تؤخذ منه قيمة الأمة ، قال لعل ذلك أن يكون ، وفي رواية أصبغ بمنزلة العتق . وفي المدونة ولو لم يعتقه ووهبه لآخر أو تصدق به عليه الأول أحق به وإن حازه الآخر ما لم يمت الواهب . أشهب بل الثاني أحق به إذا حازه ولو لم يمت الواهب وبه أخذ محمد عن ابن القاسم أنه إن تصدق به أو وهبه لآخر والأول عالم فلا شيء له إذا حازه الآخر وإن لم يعلم فهو أولى ما لم يمت الواهب .

(ولا قيمة) للموهوب له على الواهب في المسائل الثلاثة . وقال الشارح في العتق والاستيلاد (أو استصحب) الواهب (هدية) لشخص في بلد آخر كمكة المشرفة فمات الواهب قبل دفعها للموهوب له فتبطل الهدية وترجع لورثته لموته قبل حوزها عنه (أو أرسلها) أي المهدي الهدية مع رسول للمهدى له (فمات) المهدي قبل دفعها الرسول

أوِ ٱلْمُعَيَّنَةُ لَهُ ، إنْ لَمْ يُشْهِدْ ،

للمهدى له فتبطل لذلك (أو) مات الموهوب له (المعينة) بضم الميم وفتح العين والتحتية مثقلة المهدية (له) قبل أن يحوزها فتبطل ، سواء استصحبها المهدي أو أرسلها له مع رسول (إن لم يشهد) بضم فسكون فكسر المهدي على أنه أهدى ما استصحبه أو أرسلها إلى المهدى اليه المعين ، وترجع للمهدي ان كان حياً ولورثته ان كان ميتاً لعدم الحوز قبل الموت إن مات المهدي وعدم القبول قبله ان مات المهدى له ، ومفهوم الشرط أنه ان كان أشهد على ذلك فلا تبطل بموت المهدي ولا بموت المهدى له ، وتدفع للمهدى له أو لورثته .

فيها للإمام مالك « رض » من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطي أو المعطى له قبل وصولها ، فإن كان المعطي أشهد على ذلك حين بعث بها فهي للمعطى له أو لورثته وان لم يشهد عليها حين بعثها فأيهما مات قبل أن تصل فهي ترجع الى الباعث أو الى ورثته . وفي كتاب ابن المواز من مات منهما أولاً رجع ذلك الى ورثة الميت . ابن يونس وهذا أبين ، لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه ، وقد قال مالك «رض» في المدونة في باب آخر ان كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض هبته فورثته مكانه يقبضون هبته وليس للواهب منع ذلك .

محمد قال الإمام مالك « رض » ولو أشهد الباعث أنها هدية لفلان ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل أن يخرج بها فليس ذلك له ، وقد يقال معنى ما في الكتاب هنا أن الباعث قال انما تصدقت بها صلة للمبعوث اليه بعياله ان وجد حياً فيصدق ، اذ لا يلزمه الا ما أقر به من معروفه ، اذ لم يشهد على أصله ، فيلزمه بظاهر فعله وقوله قاله عياض في تنبيهاته .

(تنبيه)

البناني الصواب أو مات هو أو المعينة هي له بالإبراز فيهما لعطف الظاهر على الضمير في الأول ، ولأن صلة ال في الثاني رفعت ضميرها وفي الألفية :

وان يكن ما رفعت صلة أل ... ضمير غيرها أبين وانفصل

كَأَنْ دَفعْتَ لِمَنْ يَتصَدَّقُ عَنْكَ بِمَالٍ ولَمْ تُشْهِدْ ، لاَ إِنْ بَاعَ وَاهِبٌ قَبْلَ عِلْمِ اَلْمَوْهُوبِ ،

وشبه في البطلان بموت المعطي بالكسر قبل قبض المعطى لـــه فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (دفعت) بفتح التاء (لمن) أي شخص مالاً (يتصدق) المدفوع له (عنك بـ)ذلك ا(مال) على الفقراء مثلا وأنت صحيح (ولم تشهد) بضم فسكون فكسر على ذلك ، فإن مت أيهـــا الدافع قبل قبض الفقراء المال بطلت الصدقة ورجعت لورثتك ، وان مت بعد قبضهم جميعها مضت وتمت ، وان مت بعد قبضهم بعضها وقبل قبض باقيها فما قبضوه مضى وما بقي بطلت الصدقة به ، ورجع لورثتك ، ومفهوم ولم تشهد أنك ان أشهدت على ذلك فـــلا تبطل الصدقة بموتك قبل قبضها وهو كذلك .

فيها للامام مالك « ر ض » فيمن دفع في صحته مالا لشخص يفرقه على الفقراء أو في سبيل الله ثم مات المعطي قبل انفاذه فإن كان أشهد حين دفعه لمن يفرقه نفذ ما فات منه وما بقي وهو من رأس المال . ابن القاسم وان لم يشهد حين دفعه نفذ ما فات ورد ما بقي الى ورثة المعطي ، وان تصدق على رجل بمال وجعله على يد غيره فلم يقبض الرجـــل صدقته حتى مات المتصدق صحت الصدقة الا إن كان المتصدق قال للرجل لا تدفعها له الا بإذني ، وأما المريض فكل ما فعله فهو في ثلثه أشهد أو لم يشهـــد ، ففي المدونة وكل صدقة أو حبس أو هبة أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم تخرج من يده حتى مات فذلك نافذ من ثلثه كوصاياه .

(أو باع) شخص (واهب) موهوبه (قبل علم الموهوب) له بهبته له فللموهوب له رد بيعه في حياة الواهب وأخذ الموهوب بعينه وله امضاؤه وأخذ ثمنه . الشارح في اطلاق البطلان على رد البيع تسامح ، اذ ظاهر كلامه بطلان الهبة وليس بمراد . «غ» في بعض النسخ لا ان باع واهب قبل علم الموهوب له بأداة النفي والشرط ، وبـــه يستقيم الكلام ، ولا يمنع منه عطف أو جن وما بعده على المثبتات والعاقل يفهم .

وَإِلاَّ فَالثَّمَنُ لِلْمُعْطِي « رُوِيَتْ بِفَتْحِ الطَّاءِ وَكَسْرِهَا »

(وإلا) أي وان باع الواهب الموهوب بعد علم الموهوب له بهبته له (ف) بيعه ماض لا يرد و (الثمن للمعطى رويت) بضم فكسر المدونة (بفتـــح الطاء) أسم مفعول أى الموهوب له وهو قول مطرف (و) رويت بـ (كسرها) أي الطاء اسم فاعـــل أي الواهب . الحط صوابه كما قال « غ » لا إن باع واهب حتى يوافق مـــا في المدونة والله أعلم .

وحكم الصدقة كالهبة ، فإن باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة وتخير المتصدق عليه في نقض البيع وإجـازته لأنه بيع فضولي كما أن للموهوب له إذا باع الواهب ما وهبه له قبل علمه لم تبطل الهبة،وتخير الموهوب له في رده وإجازته وأما إن باع الواهب أو المتصدق عليه بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض والثمن للمعطى ، رويت بفتح الطاء وكسرها ، والمسألة مفروضة في المدونة في الصدقة ، وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على انه لا فرق بينهما .

(تنبيـــــه)

إذا علم الموهوب له ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده ، نقله في التوضيح عن ابن يونس « ق » فيها لابن القاسم « رح » من تصدق على رجل بدار فلم يقبضها المعطى له حتى بيعت ثم بيعها وكان الثمن للمعطى ، فإن لم يعلم أو علم ولم يفرط حتى عافصه بالبيع فله نقض البيع في حياة الواهب وأخذها ، فإن مات المعطي قبـــل أن يقبضها المعطى فلا شيء له بيعت أو لم تبع نقله ابن يونس . ابن شاس في الكتاب إذا عـــلم الموهوب له فلم يقبض حتى باعها الواهب نفذ البيع والثمن للموهوب لـــه ، وفي الرهون اختلف في بيع الهبة قبل حوزها فقال ابن القاسم إن لم يعـلم الموهوب له نقض البيع وإن علم مضى البيع وعوض الموهوب له الثمن ، وقال أشهب بطلت الهبة كبطلان الرهن إذا بيع قبل حوزه والثمن للواهب ، في ضيح مقتضى القياس خلاف الروايتين ، إذ الهبة تلزم بالقول ، فالقياس تخيير الموهوب له في إجازة البيع ورده إلا أنهم راعوا القول بانها لا تلزم إلا بالقبض وهو قول أهل العراق .

أوْ جُنَّ ، أو مَرِضَ ، وأتَّصَلاَ بِمَوْتِهِ ، أو وَهَبَ لِمُودَعٍ ، وَلَمْ يَقْبَلْ لِمَوْتِهِ ،

(أو جن) بضم الجيم وشد النون ، أي وبطلت الهبة إن جن الواهب قبل حوزها الموهوب له (أو مرض) بفتح فكسر الواهب قبل حوزها الموهوب له (واتصلا) أي جنون الواهب ومرضه (بموته) أي الواهب ، ومفهومه أنه إن صح من مرضه صحة بينة أو أفاق من جنونه إفاقة بينة فلا تبطل الهبة فللموهوب له قبضها منه بعد صحته أو افاقته وإن جن الواهب أو مرض قبله وقفت حتى يبرأ فلا تبطل أو يموت فتبطل . فيها لابن القاسم « رح » كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهي باطلة إلى أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ، ويقضى للمعطى بالقبض إن منعه اه .

ابن عرفة شرط الحوز كونه في صحة المعطي وعقله . ابن شاس وتبطل بجنون الواهب أو مرضه إن اتصلا بموته ، وسمع عيسى ابن القاسم من تصدقت بعبد أو غيره في صحتها فذهب عقلها قبل حوزه فحوزه باطل كموتها . ابن رشد هو كالمرض ورجوع عقلها كصحتها .

(أو وهب) المودع بالكسر الوديعة (ل) شخص (مودع) بالفتح (ولم يقبل) المودع بالفتح الموهوب له الهبة بان لم يقل قبلت (لموته) أي الواهب بطلت الهبة ،فإن قبلها قبل موته تمت لصحة حوزه بعد قبولها .فيها لابن القاسم «رح» إذا وهبك وديعة له في يدك فلم تقل قبلت حتى مات الواهب فهي لورثته .

البناني تحصيل القول أن من وهب شيئاً لمن هو في يده أو ديناً عليه ، فإن علم وقبل في حياة واهبه صحت هبته اتفاقاً . وإن علم ولم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت عند ابن القاسم وصحت عند أشهب ، وإن لم يعلم حتى مات الواهب بطلت اتفاقاً إلا على رواية شاذة أن الهبة لا تفتقر إلى قبول قاله ابن رشد ، ونقله حلولو والقلشاني فان وهب شيئاً لغير من هو في يده ولم يحز بطلت في الصور الثلاثة بموت واهبها قبل حوزها .

(وصح) قبول الموهوب له الهبة بعد موت واهبها (إن) كان الموهوب له قد(قبض) الهبة (ليتروى) بفتحات مثقلا، أي يتفكر ويتأمل في أن الأحسن قبولها أو ردهافمات واهبها وقبلها الموهوب له بعد موته . الباجي لو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب فقال ابن القاسم القياس بطلانها، وقال أشهب بل هي حيازة جائزة الا أن يقول لا أقبل . محمد هذا أحب إلي ، لأن العطية بيد المعطي فتأخر القبول لا يمنع صحتها بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات المعطي فهي ماضية إن رضيها وله ردها. ابن عرفة ابن الحاجب وفي هبة المودع ولم يقل قبلت حتى مات الواهب قولان ، وكذا من وهب له فقبض ليتروى ثم مات الواهب ونحوه لابن شاس ، فظاهره دخول القولين في مسألة التروي وظاهر سياقها الباجي عن محمد محتجا بها على ترجيح قول أشهب الاتفاق على صحة قبوله بعد الموت في مسألة التروي اه .

(أو)إن كان الموهوب له قد (جد) بفتح الجيم والدال مشددة ، أي اهتم الموهوب له (فيه) أي حوز الهبة ومنعة الواهب منه حتى مات الواهب فقال ابن القاسم لا تبطل الهبة بموته تنزيلا للجد في الحوز منزلته (أو) وهب شيئاً فقبله وطلبه منه فأنكرها فأقام الموهوب له بينة بأنه وهبة وطلب منه تزكيتها فجد (في تزكية) جنس (شاهده) ومات واهبه قبلها فقال ابن القاسم لا تبطل الهبة اذا زكاها بعد موته . وقال ابن الماجشون تبطل ، إذ غاية إقامة البينة أنها كإقرار واهبها بها ، وهو لو أقر له بها ومات قبل قبضها بطلت ، وفهم من قوله تزكية شاهده أنه ليس له إيقافها الا مع البينة من المنتقى من تصدق بعبده الآبق على رجل فطلبه المعطي واجتهد فلم يجده الا بعد موت المعطي فهو نافذ له ، لأنه لم يكن بيد المعطى فالإشهاد فيه وطلب المعطى له حوزه حوز كالدين .

فيها من وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها قضى به عليه للموهوب له ولو تخاصمه فيها الموهوب له في صحة الواهب ورفعت الهبة الى السلطان ينظر فيها فمات الواهب قبل قبض الموهوب له فيقضى للموهوب له بها إن عدلت بينته ولو لم يقم الموهوب له فيها حتى

أو أَعْتَقَ أو بَاعَ أو وَهَبَ إذَا أَشْهَدَ وأَعْلَنَ ، أوْ لَمْ يُعْلَمْ بِهَا ، إلاَّ بَعْدَ مَوْتِهِ ،

مرض الواهب فلا شيء له الا أن يصح . ابن شاس اذا كان المطالب جاداً في الطلب غير تارك كما اذا وقعت الهبة بشاهد أو بشاهدين حتى يزكيان فمات الواهب فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ هو حوزه وقد صحت الهبة .

(أو) إن (أعتق) الموهوب له الرقيق الموهوب (أو باع) الموهوب له الشيء الموهوب رقيقاً كان أو غيره (أو وهب) الموهوب له ما وهب له لغيره قبل قبضه في المسائل الثلاثة صح حوزه ، وكان ذلك كحوزه اتفاقاً في العتق والبيع وإن لم يشهد ، وفي الهبة (إذا أشهد) الموهوب له على هبته ما وهب له لغيره (وأعلن) أي أظهر الموهوب له الإشهاد عند القاضي. ابن شاس لو باعها الموهوب له فلم يقبضها المشتري حتى مات الواهب فروى ابن وهب أن بيعها حيازة وقاله مطرف وابن الماجشون . وقال أصبغ ليس بيعها حيازة ولا غيره إلا العتق وحده ، ولو وهبها الموهوب له ثم مات الواهب فروى ابن حبيب عن مالك ومطرف أن الهبة حوز . وقال ابن القاسم وابن الماجشون ليست الهبة حوزا لاحتياجها الى حيازة .

طفي ظاهر كلام تت أن الإشهاد في البيع والهبة والنقل أنه في الهبة فقط ، وقال ابن رحال في شرحه ما ذكره المصنف في توضيحه ومختصره من الإشهاد والإعلان لم يذكره ابن رشد ولا الباجي ولا الرجراجي ولا غيرهم ممن وقفت عليه ، ونقل كلامهم قال أعجب من ذلك قول أحمد أن الإشهاد شرط في الثلاثة بخلاف الإعلان فإنه في الأخيرتين.

(أو لم يعلم) بضم التحتية وفتح اللام (بها) أي الهبة (الا بعد موته) أي الموهوب له . « غ » أي وكذا تصح الهبة اذا لم يعلم بها الموهوب له في حياته ، فلما مات علم بها ورثته فلهم القيام بها على الواهب الصحيح ، وقد جوز في توضيحه أن يحمل على هذا قول ابن الحاجب ، فلو مات قبل علمه ففي بطلانها قولان بعد ذكره ما اعترضه به بعض الشراح ، وأظنه السفاقسي ، وعلى هذا فينبغي أن يضبط يعلم بضم الياء وفتح اللام مبنياً

للمجهول . وأما اذا لم يعلم الموهوب له بها الا بعد موت الواهب فإنها تبطل كما في المدونة وغيرها ، والقول الآخر الذي ذكره ابن الحاجب بالصحة لم يوجد .

تت أو لم يعلم بها الموهوب له الا بعد موته ، أي الواهب فإنها صحيحة كذا قرره الشارحان ، ومثله في التوضيح . طفي قرراه بما ذكر ، واستدل الشارح بقول ابن راشد نزلت عندنا بتونس ووقع فيها اضطراب ، ووجد في الطراز أنه معذور بعدم علمه وهو الصواب ، وجرى على ذلك في شامله فقال وصحت ان قبضها ليتروي أو مات واهبها قبل علمك أو تزكية شاهدها على الأصح فانظر اعتماده هنا . وفي شامله ما ذكر ، وقول ابن راشد القفصي وقع فيها اضطراب مع قول ابن رشد ان مات المعطي المتصدق قبل موت المعطى المتصدق عليه وقد علم ولم يقل قبلت حتى مات المتصدق ، فقول ابن القاسم في المدونة انه لا شيء له لأنه لم ير سكوته مع كون الهبة بيده رضا بها ولا قبولاً لها . وقول أشهب فيها أنها له لأنه رأى سكوته مع كون الهبة بيده رضا بها وقبولاً لها فقال ان كونها في يده أحوز الحوز ، فاختلافهما اذا كان الشيء بيد الموهوب له .

وأشار ابن رشد بما ذكره من الإختلاف لقولها ان كان له في يدك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فقولك قبلت حوز ، وان لم تقل قبلت حتى مات الواهب فذلك لورثته ، وقال غيره ذلك حوز لمن كان ذلك في يده . ثم قال ابن رشد وان مات المتصدق قبل أن يعلم المتصدق عليه فقول مالك في هذه الرواية أن ذلك جائز وهو شذوذ، لأنه يقتضي أن هبة الأموال لا تفتقر الى القبول وأنها للموهوب له بنفس الهبة حتى لو مات الواهب له قبل أن يعلم فهي لورثته عنه ولم يكن لهم ردها الا على وجه الهبة ان قبلها وهو معين ، ولا اختلاف أحفظ في هذا سوى قول مالك الشاذ في هذه الرواية ، ولو علم بالهبة ولم يعلم منه قبولها حتى مات الواهب جرى ذلك على ما ذكرنا من اختلاف ابن القاسم وأشهب ، وبقول أشهب أخذ سحنون .

فتحصيل القول في هذه المسألة أن الرجل اذا وهب شيئاً هو في يده أو وديعة عليه ،

فإن علم في حياة الواهب وقبل جازت له الهبة اتفاقاً . وان علم ولم يقبل حتى مات الواهب جازت على قول أشهب وبطلت على قول ابن القاسم وان لم يعلم بالهبة حتى مات بطلت باتفاق الا على هذه الرواية الشاذة ا هـ ، فبعد حكاية ابن رشد الاتفاق على البطلان ولا تصح الا على قوله شاذة بعيدة كيف يصح تقرير كلام المصنف عليها ، وكيف يقع الاضطراب بتونس فيها وكأنهم لم يقفوا على كلام ابن رشد المذكور ، وقد نقله ابن عرفة وقبله ، ولذا فر « غ » من هذا ، وجعل الضمير في موته للموهوب له وبنى لم يعلم للمجهول لكن على تقريره تكون في عبارة المصنف ركاكة في تقييده بعدم العلم ، اذ لا فرق بين العلم وعدمه في موت الموهوب له .

ابن رشد اذا مات المعطى المتصدق عليه قبل المعطي المتصدق فورثته يقومون مقامه ، ويتنزلون منزلته في الرد والقبول اذا علموا قبل موت المعطي المتصدق ا هـ ، فأطلق في تنزيلهم منزلته وهو كذلك لما تقدم أن القبول لا تشترط فوريته ثم تارة تقوم قرينة على قصد الواهب الموهوب له وعياله ، وتارة على قصد عينه فقط ، وتارة لا توجد قرينة على أحدهما ، ففي الأول تقوم ورثة الموهوب له مقامه في القبول ، وفي الثاني لا يقومون مقامه فيه ، ودرج المصنف في الثالث على أنه مثل الأول بهذا قرر كلام المصنف المسناوى وأحمد بابا ، ونص التوضيح بعد تقريره كلام ابن الحاجب بموت الواهب قبل علم الموهوب له بالهبة ، وقد كان باعها الواهب ويحتمل أن تجعل هذه مسألة مستقلة غير مفرعة على التي قبلها ، ويكون ضمير مات عائداً على الموهوب له ويكون القول بالبطلان معللاً بعدم القبول ، والقول بعدمه معللاً بأن الغالب القبول كما قالوا فيمن أرسل هدية ، وقوله غير مفرعة على التي قبلها ، لأن التي قبلها في بيع الواهب ، والله الموفق .

(و) إن وهب مالك رقيق خدمته لشخص مدة معلومة أو حياته ثم وهب رقبته لآخر ثم مات الواهب وهو في حوز المخدم صح (حوز) شخص (مخدم) بضم الميم وسكون الخاء المعجمة وفتح الدال المهملة ، أي من وهبت له خدمة رقيق مدة معلومة

وَمُسْتَعِيرٍ مُطْلَقاً

أو حياته لمن وهبت له رقبته ، فإن مات الواهب قبل تمام مدة الإخدام فلا حق لورثته في ذلك الرقيق .

(و) إن أعار مالك شيئه لشخص ثم وهبه لآخر ثم مات الواهب وهو في حوز المستعير صح حوز شخص (مستعير) شيئاً لمن وهب له ذلك الشيء ، فإن مات الواهب والشيء في يد مستعيره فهو حق للموهوب له لا لورثة واهبه (مطلقاً) عن التقييد بعلم المخدم والمستعير بالهبة ، وسواء كان الإخدام والهبة دفعة واحدة أو تأخرت الهبة عنه ، وسواء أشهد الواهب على الهبة أو لم يشهد عليها . فيها من رهن عبده ثم وهبه جازت الهبة ويقضي على الواهب بافتكاكه إن كان له مال ، فإن لم يقم الموهوب له حتى افتكه الواهب فله أخذه ما لم يمت الواهب فتبطل هبته فليس قبض المرتهن قبضاً للموهوب له إن مات واهبه ، لأن للمرتهن حقاً في عين العبد ، بخلاف من أخدم عبده سنين رجلا ثم وهبه لفلان بعد الخدمة فقبض المخدم قبض للموهوب له وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل قبضه الموهوب له ، لأن المخدم لم يجب له في رقبة العبد حق .

ابن القاسم ومن واجر عبده أو دابته من رجل ثم وهبه لآخر فليس حوز المستأجر حوزاً للموهوب له إلا أن يسلمه أجرة ذلك معه ، فيتم الحوز . وأما العبد المخدم أو المعار إلى أجل فقبض المستعير والمخدم قبض للموهوب له وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك ، إذ ليس للمخدم والمعار حق في رقبة العبد ، ولا يكون قبض المخدم والمعار قبضاً للموهوب له حتى يعلم ويرضى ان يكون حائزاً للموهوب له كما قال إذا رهن فضلة الرهن فلا يكون المرتهن حائزاً حتى يعلم ويرضى بذلك . « ق » انظر هذا مع قول خليل مطلقا . طفي هذا سهو منه إذ لم يشترط في المدونة العلم ولا الرضا ونصها ، وأما العبد المخدم أو المعار إلى أجل فقبض المخدم والمستعير له قبض للموهوب وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك اه .

ولما قال في سماع سحنون حوز المودع صحيح ان علم قال ابن رشد هذا بخلاف لما في

وَمُودَعٍ إِنْ عَلِمَ ، لاَ غَاصِبٍ وَمُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ ، إِلاَّ أَنْ يَهَبَ الْإِجَارَةَ

المدونة ، لأنه جعل فيها قبض المستعير والمخدم قبضاً للموهوب له ، ولم يشترط معرفتهما ، وكذا في معين الحكام عن ابن رشد ، وإنما وقع التقييد بذلك لبعض شيوخ عبد الحق في المخدم كما في فضلة الرهن كما في التوضيح والشارح ، ولعل التصحيف وقع من المواق في نقله أو من الناسخ إذ عادته نقل كلام الشيوخ ممزوجاً بلفظ المدونة ، وقد غاو عج بذلك فاعترض على المصنف ومن جعل ربقة التقليد في عتقه يصدر عنه أكثر من هذا . البناني وكذا رأيت أبا الحسن نقل التقييد عن بعض شيوخ عبد الحق .

(و) إن أودع المالك شيئه عند شخص ثم وهبه لآخر ثم مات المالك وهو في حوز المودع صح حوز (مودع) بالفتح للموهوب له الوديعة التي عنده (إن علم) المودع بالفتح بالهبة شرط في صحة حوزه للموهوب له . التونسي لم يشترط ابن القاسم علم المخدم والمستعير لأنهما إنما حازا لمنفعتهما فلو قالا لا نحوز للموهوب له فلا يلتفت إلى قولهما إلا أن يبطلا ما لهما من المنفعة ولا يقدران عليه لتقدم قبولهما، فصار علمهما غير مقيد والمودع لو يشاء يقول خذ ما أودعتني لا أحوز لهذا .

محمد لو وهب الوديعة ربها لغير المودع وجمع بينهما وأشهد كانت حيازة . ابن القاسم في العتبية إن أشهد رب الوديعة أنه تصدق بها على رجل ولم يأمره بقبضها حتى مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه ، فإن علم الذي هي عنده فتلك حيازة تامة ، وإن لم يعلم فذلك باطل لأنه إذا علم صار حائزاً للمعطي ثم ليس للمعطي أخذها ولو دفعها المودع إلى المعطى قبل علمه ضمنها .

وإن وهب المغصوب من المغصوب لغير غاصبه أو الراهن الرهن لغير مرتهنه أو المؤجر والمستأجر لغير مستأجره ثم مات الواهب والموهوب في حوز غاصبه أو مرتهنه أو مستأجره ف(لا) يصح أن يحوز للموهوب له شخص (غاصب) للشيء الموهوب (ومرتهن ومستأجر) للموهوب عند ابن القاسم في كل حال (إلا أن يهب) المالك (الإجارة) أي

ولاَ إنْ رَجَعَتْ إلَيْهِ بَعْدَهُ بِقُرْبٍ ، بِأنْ آجَرَهَا أو أَرْفَقَ بِهَا ، بِخِلاَفِ سَنَةٍ ،

المال الذي أجر به للموهوب له الذات فيصح حوز المستأجر له . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اغتصبه رجل عبداً فوهبه سيده لرجل آخر والعبد بيد غاصبه جازت الهبة إن قبضها الموهوب له قبل موت واهبها ، وليس قبض الغاصب قبضاً للموهوب له ، أي لأنه معدوم شرعاً فهو كالمعدوم حساً .

(و) لا يصح الحوز (إن رجعت) الذات الموهوبة (اليه) أي واهبها (بعده) أي الحوز (بقرب) أي قبل تمام سنة من حوزها رجوعاً مصوراً (بأن أجرها) أي الموهوب له الهبة لواهبها (أو أرفق) الموهوب له الواهب (بها) أي الهبة (بخلاف) رجوعها لواهبها بعد تمام (سنة) فلا يبطل حوزها . الحط أن الذات الموهوبة إذا رجعت إلى واهبها بعد أن حازها الموهوب له وكان رجوعها إلى واهبها عن قرب ورجوعها اليه بأن يكون أجرها من الموهوب له أي استأجرها منه أو بأن يكون الموهوب له أرفق بها الواهب يريد أو أعمره إياها فذلك كله يبطل الهبة في التوضيح باتفاق لما دلت عليه القرينة انه تحيل لإسقاط الحيازة ، وهكذا صرح الباجي وغيره إلا بالاتفاق ، وقوله بخلاف سنة يعني أن رجوع الواهب إلى الذات الموهوبة بعد حيازتها الموهوب له سنة لا يبطل هبتها لأنه طول وقيل الطول سنتان ، وهذا الذي مشى عليه المصنف أحد قولين ذكرهما ابن الحاجب بلا ترجيح . ابن عبد السلام أقربها لا يضر ، وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم .

(تنبيهات)

الأول ما ذكره المصنف محله إذا كان الموهوب له يحوز لنفسه بدليل قوله أجرها أو أرفق بها ، قال في التوضيح فإن كان صغيراً حاز عليه أبوه أو غيره ثم رجع اليه قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة . محمد لم يختلف في هذا مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم ، والفرق بين الكبير والصغير ان الكبير يتصور منعه الأب من رجوعه في

هبته والصغير لا يتصور منه ذلك ، فكان رجوعه رجوعاً في الهبة أفاده الحط . البناني تقدم أن هذه طريقة ابن رشد وأن طريقة غيره أن المحجور وغيره سواء في عدم البطلان في الرجوع بعد عام ، وعلى هذه الطريقة عول المتيطي ، وبها أفتى ابن لب وبها جرى العمل .

الثاني : طفي عبر ابن الحاجب تبعاً لابن شاس ببطلان الهبة برجوعها بعده بقرب ، وكذا غير واحد من أهل المذهب ومرادهم والله أعلم إذا بقيت بيد الواهب إلى موته مثلاً وإلا فللموهوب له استرجاعها ليصح حوزه ، فالذي يبطل به الحوز فقط لا هي من أصلها هذا الذي يؤخذ من كلام أهل المذهب ، إذ حكمها في هذا كالرهن . ابن رشد إذا تصدق الرجل بالدار أو حبسها وتمادى على سكناها أو عاد اليها عن قرب باكتراء أو عارية أو إرفاق حتى مات فيها فالصدقة أو الحبس فيها باطل ، وأما إن رجع بعد انقطاعها عنه بالحيازة لها دونه انقطاعاً بيناً السنة فما زاد فلا يبطل ذلك حيازته، وكذلك الرهن تبطل الحيازة برجوعه إلى يد راهنه وإن كان بعد انقطاع المرتهن بحيازته انقطاعاً بيناً لأن حوز الرهن آكد اه ، فقد ظهر أن الذي يبطل الحيازة ، فقول ابن عاشر في حاشيته تعبيرهم ببطلان الهبة لرجوعها عن قرب يقتضي بطلانها من أصلها لا حوزهافقط، فليس له ردها للحوز قبل حصول المانع ، وهذا خلاف ما تقدم في الرهن غير ظاهر وقد استظهر ابن عرفة فيمن وهب داراً ثم أعمر فيها واهبها بعد مدة يسيرة لا تكون حيازة نزعها من يد واهبها وأكراها من غيره لإتمام الحوز في الهبة ، ولا يبطل ذلك الحوز للهبة كمؤاجرة الرهن لراهنه مع صحة حوزه .

الثالث : «ق» قوله بخلاف سنة تقدم أن هذا بالنسبة إلى ما له غلة ، وعلى غير صغار ولده . طفي فيه نظر ، إذ يقتضي أن التفصيل في الهبة بين الرجوع قبل العام أو بعده خاص بالذي له غلة وإن ما لا غلة له يضيع مطلقاً ، وهذا شيء خرج به عن المذهب ، إذ لا قائل به فيما علمت ولا دليل له في كلام ابن المواز ، لأنه في الحبس ، وذلك خاص بـ

أو رَجَعَ مُخْتَفِياً أو ضَيْفاً فَمَاتَ ، وهِبَةُ أحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ مَتَاعاً

وصورته كما قدمنا أنه لم يرجع اليه للانتفاع،وإنما حبسه وجعله تحت يده يصرفه ويرجعه.

الرابع : « غ » قوله بأن أجرها أو أرفق بها الضمير المستتر في الفعلين للموهوب لـه فيجب بناء الثاني للفاعل . كالأول . طفي وهو صواب فقول « ح » أو أرفق بهـا مبني للمفعول غير صواب سرى لـــه ذلك من جعله الضمير للستكن في أجرها للواهب وهو غير صواب لغة ، لأن أجر للمالك ففي القاموس أجر المملوك أجراً أكراه كـآجره إيجـــار ومؤاجرة .

(أو رجع) الواهب للدار التي وهبها حال كونه (مختفياً) عن الموهوب له بعـــد حيازتها عنه بأن وجدها خالية فسكنها ومات بها فلا يبل حوزها ، كـذا في الشراح . البناني صوابه عند الموهوب له هكذا فرض المسألة في كلام الأئمة وسيأتي نص ابن المواز (أو) رجع اليها حال كونه (ضيفاً) عند الموهوب له (فمات) الواهب في الدار الموهوبة فلا تبطل حيازتها،ظاهره سواء رجع لها عن قرب أو بعد وهو كذلك في المسألتين. محمد إذا حاز المعطى الدار وسكنها ثم استضافه المعطي فأضافه ومرض عنده حتى مـات أو اختفى عنده حتى مات فلا يضر ذلك العطية ، وهكذا في الجواهر وغيرها .

(و) صحت (هبة أحد الزوجين لـ)لزوج ا(لآخر متاعاً) أو خادماً وإن لم ترتفع يد الواهب عنه للضرورة من كتاب محمد والعتبية . ابن القاسم عن الإمام مـالك رضي الله تعالى عنهما من تصدق على امرأته بخادمه وهي معه في البيت فكانت تخدمها بحال مـا كانت فذلك جائز . سحنون وكذلك لو وهبها إياها فهو حوز . أشهب عن الإمام مالك «رض» إذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندهما كما كانت في خدمتهـا أو وهبت هي له خادمها فكانت على ذلك أو متاعاً في البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهي ضعيفة . ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب أن ذلك فيما تواهبـا جائز وهي حيازة ، وكذلك متاع البيت وبه أقول .

ابن القاسم وليس كذلك المسكن الذي هما به يتصدق به عليها فأقاما فيه حتى مات

وَهِبَةُ زَوْجَةٍ دَارَ سُكْنَاهَا لِزَوْجِها ، لاَ ٱلْعَكْسُ ، ولاَ إنْ بَقِيَتْ عِنْدَهُ إلاَّ لِمَحْجُورِهِ : إلاَّ مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ ، وَلَوْ خُتِمَ عَلَيْهِ ،

فإنه ميراث ، ولو قامت عليه في صحته قضي لها أن يسكنها غيره حتى تحوز المسكن . ابن القاسم وأما لو تصدقت هي عليه بالمنزل وهما فيه فذلك حوز ، لأن عليه أن يسكن زوجته فسكناه بها فيه حوز ، ومن نوازل الشعبي سئل ابن لبابة عن رجل تصدق على أمه بثلث داره وهي معه فيها ساكنة حتى مات الولد فقال سكناها معه حوز تام وهي صدقة ثابتة ، وقال أبو صالح هذا إن كانت سكنت مثل نصيبها وإلا فليس إلا قدر ما سكنت.

(و) صحت (هبة زوجة دار سكناها لزوجها) ابن القاسم لو تصدقت هي عليه بالمنزل وهما فيه فذلك حوز ، لأن عليه أن يسكن زوجته فسكناه بها فيه حدز ما لم تشترط على زوجها أن لا يخرجها منها ، فإن اشترطت ذلك فلا يكفي في الحوز إشهادها على الهبة لزوجها كما في نوازل أصبغ (لا) يصح (العكس) أي هبته دار سكناه لزوجته إن مات وهو ساكن بها فيها لبطلان الحوز ، لأن السكنى تنسب للزوج وهي تابعة له .

(ولا) تصح الهبة (إن بقيت) الذات الموهوبة (عنده) أي الواهب لفلسه أو موته أو جنونه أو مرضه المتصلين بموته وأعاد هذا لاستثنائه منه بقوله (إلا) الواهب (لمحجوره) فتصح هبته له مع بقائه عنده إلى موته لأنه الذي يحوز له إن كان الموهوب مما يعرف بعينه ، بدليل قوله (إلا ما) أي موهوباً (لا يعرف) بضم فسكون ففتح بعينه من معدود أو موزون كدنانير أو دراهم أو مكيل فلا تصح هبته لمحجوره مع بقائه عنده إن لم يختم عليه ، بل (ولو) جعل في صرة و (ختم) بضم فكسر (عليه) أي ما لا يعرف بعينه بختم الواهب والشهود فلا يكفي في حوزه له ، ولا بد من إخراجه عنه في رواية ابن القاسم والمصريين وغيرهم عن الإمام مالك «رض» ، وبه جرى العمل . وأشار بولو لقول المدنيين يصح حوزها إذا أحضرها للشهود وختم عليها .

فيها من تزوج بكراً ووهب لها قبل البناء أو بعده وهي سفيهة أو مجنونة جنوناً

مطبقاً وأشهد على ذلك فلم يخرجه من يده فلا يكون الزوج حائزاً لها إلا أن يخرج ذلك من يده ويجعله على يد من يحوزه لها ، ولا يكون متصدق حائزاً لصدقته إلا أب أو وصي لمن في ولايته ، والزوج لا يحوز أمره على زوجته ولا بيعه مالها وأبوها الحائز لها وإن دخل بها زوجها ما دامت سفيهة أو في حال لا يجوز لها أمر . ومن سماع ابن القاسم ، إن الأب يحوز ما وهبه لولده من العروض التي تعرف بعينها ، بخلاف ما لا يعرف بعينه إلا إن كان ديناً .

ابن عرفة حوز الأب لصغار ولده ما يعرف بعينه صحيح . ابن رشد اتفاقاً . الباجي وأما ما لا يتعين كالدنانير والدراهم فإنها إن بقيت بيد الأب غير مختوم عليها لم يتصرف فيها لابنه الصغير ، فقال ابن القاسم إن مات الأب وهي على ذلك بطلت العطية ، وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير فقال مالك «رض» لا يجوز . وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك أنها غير معروفة العين ولا متعينة بالإشارة اليها ولا يصح أن تعرف بعينها إذا أفردت من غيرها ، ولم يختلف أصحابنا في ذلك إذا وهب عشرة دنانير من دنانيره . وأما إذا ختم عليها وأمسكها عنده فقد روي عن مالك أنها تبطل ، زاد ابن المواز وإن ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون ، ووجهه أنها مما لا يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد معطيها كالتي لم يختم عليها . المتيطي قبض الأب لابنه الصغير جائز ، والإشهاد بالصدقة يغني عن ذكر الحيازة ، ويضمن معرفة الشهود وصغر الابن لئلا يقوم عليه من يدعي أن الأب إنما تصدق عليه وهو كبير ولم يحز ويقول هو كنت صغيراً إن لم يعلم الشهود ذلك ، واختلف إذا نزل ذلك أيها يقبل .

(و) إلا (دار سكناه) أي الواهب فلا تصح هبتها لمحجوره إذا استمر ساكنا بها لموته في كل حال (إلا أن يسكن) الواهب (أقلها) أي الدار (ويكرى) بضم التحتية الواهب (له) أي محجوره الموهوب له (الأكثر) من الدار فتصح الهبة في جميعها . فيها من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فحوزه حوز صحيح إلا

أن يسكنها كلها أو جلها إلى موته فيبطل جميعها ، وإن سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلها وأكرى لهم باقيها نفذ لهم ذلك فيما سكن وفيما لم يسكن ، ولو سكن الجل وأكرى لهم الأقل بطل الجميع .

(وإن سكن) الواهب (النصف) من الدار التي وهبها المحجور وأكرى له النصف الآخر (بطل) النصف المسكون (فقط) أي دون النصف المكري ، فتصح هبته عزاه اللخمي لابن القاسم وأشهب (و) إن سكن الواهب (الأكثر) من الدار الموهوبة لمحجوره (بطل الجميع) المسكون والمكري لـه في النكت حفظت عن بعض شيوخنا إذا سكن أبو الأصاغر شيئاً فهي على ثلاثة أوجه ، إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع ، وإن سكن أقل من النصف صح لهم ما سكن ومـا لم يسكن ، وإن سكن القليل وأبقى الكثير خالياً فلا يجوز لهم ذلك حتى يكريه للأصاغر ، لأن تركه لكرائه منع لـه فكأنه أبقاه لنفسه فذلك كأشغاله إياه بسكناه . عياض هـذا صحيح من النظر ظاهر من لفظ الكتاب . المتيطي شرط صدقة الأب على صغار بنيه بدار سكناه إخلاؤها من نفسه وأهله وثقله ومعاينتها البينة فارغة من ذلك ويكريها لهم .

(تنبيهـات)

الأول . طفي قوله ودار سكناه عطف على ما لا يعرف بعينه ، وهو مستثنى من قوله ولا إن بقيت عنده فيقتضي أن دار السكنى كما لا يعرف بعينه لا بد من إخراجها من يده إلى من يحوزها ، وبهذا قرره الشارح في شروحه الثلاثة ، فقال يعني أن الولي اذا وهب لمحجوره دار سكناه ، فإن حكمها في اشتراط إخراجها عن يده حكم ما اذا وهب له ما لا يعرف بعينه ، وجرى على ذلك في شامله فقال ولو وهبه دار سكناه أو تصدق بها أو حبسها عليه وقدم من حازها جاز ا هـ ، وما قاله غير صحيح وكتب المالكية مصرحة بخلافه ، اذ لم أر من اشترط منهم في ذلك خروجها عن يده الى من يحوزها كما لا يعرف بعينه ، نعم تفارق غيرها في كونها لا بد من إخلائها من شواغله ومعاينة البينة لذلك ،

ثم تبقى تحت يده ، ففي وثائق ابن شريعة بالعين المهملة والفاء وإن كانت الصدقة في دار يسكنها الأب فـلا تجوز حتى يخليها الأب من أهله وثقله ، وتكون فارغة ويكريها للابن ، فإن لم تكون على هـذا فلا تجوز الصدقة ، ونحوه للمتيطي وقد تقدم نصة .

قال أبو القاسم الجزيري في وثائقه في وثيقة هبـة الأب دار سكناه لابنه الصغير ، وانتقل المتصدق المذكور عن جميع الدار المذكورة ببينة وأهله ومتاعه تصحيحاً للصدقة وإكمالاً لها ، وتولى قبضها من نفسه لابنه المذكور واحتازها له بما يحوز به الآباء ، ثم قال وإن تصدق الأب على ابنه الصغير بدار لا يسكنها فلا تذكر في العقد الانتقال ولا التخلي ولا قيد معاينة الشهود للقبض وإشهاد الأب في ذلك كاف ، وكذلك مـا أشبه ذلك من الأملاك والحيوان ، ومثله لابن سلمون وغير واحد من الموثقين . والحاصل أنه تفترق دار السكنى من غيرها في هبة الأب لولده الصغير بأن دار السكنى لا بد من معاينة البينة التخلي ومثلها الملبوس ، وأما غيرهما فيكفي فيه إشهاد الأب بالصدقة أو الهبة ، وان لم تعاين البينة الحيازة . المتيطي واشهاد الأب بصدقته يغني عن الحيازة واحضاره لشهودها فيما لا يسكنه الأب ولا يلبسه ، فظهر لك المخالفة بين هبة ما لا يعرف بعينه وهبـة دار السكنى .

الثاني : هذا حكم هبة الأب للصغير ، وأما الكبير والأجنبي فلا بد من معاينـة البينة حوزهما لانفسهما ، ولا يكفي الإقرار به كما تقدم في الحبس .

الثالث : ليس التفصيل المتقدم خاصاً بدار السكنى ، بل كذلك غيرهـا إذا سكنها بعد الهبة إذ لم يخصوه بها كما توهمه عبارة المصنف .

الرابع : مثل الدور في التفصيل المذكور الثياب يلبسها ، وكذا مـا لا يعرف بعينه إذا أخرج بعضه وأبقى بعضه عنده كما في البيان .

الخامس : ذكر ابن سلمون في صرف الغلة قولين ، والظاهر منه ترجيح القول ببطلان الهبة إذا ثبت أن الأب صرف الغلة في مصالح نفسه مثل ما في الوقف ، وكذا قال الشيخ

ابن رحال في حاشية التحفة الذى رجحه الناس هو شرط صرف الغلة للمحجور في الهبة والحبس ، وأنه لا فرق بينهما في هذا، قال وانظر دليله واضحاً بيناً .

(وجازت) أى ندبت (العمرى) بضم العين المهملة وسكون الميم مقصوراً مأخوذ من العمر بمعنى مدة الحياة لوقوعه ظرفاً لمنفعتها . ابن عرفة العمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنها قبله عمرى وحكمها الندب لذاتها ، ويتعذر عروض وجوبها لا كراهتها وتحريمها . الصيغة الباجي ما دل على هبة المنفعة دون الذات كأسكنتك هذه الدار أو وهبتك سكناها عمرك . وفيها من قال قد أعمرتك هذه الدار أو هذا العبد أو هذه الدابة حياتك جاز ذلك، ورجع بعد موته إلى الذي أعمرها ، أو إلى ورثته ثم قال ومن قال داري هذه لك صدقة سكنا فأنما له السكنى دون ذاتها ، وإن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك أو قال هذه الدار لك ولعقبك سكنى ، فإنها ترجع اليه ملكاً بعد انقراضهم ، فإن مات فإلى أولي البأس به يوم مات أو إلى ورثتهم لأنهم ورثته ، ثم قال ابن عرفة في المجموعة والموازية لابن القاسم وأشهب من قيل له هي لك صدقة سكنى فليس له إلا سكناها دون رقبتها ، محمد حياته .

(كأعمرتك) داري أو عبدي أو دابتي ، أى وهبتك منفعتها مدة حياتك (أو)أعمرت (وارثك) ما ذكر « غ » كأعمرتك أو وارثك كذا ينبغى أن يكون بواو العطف بعد كأعمرتك فقط أو أعمرتك ووارثك فهما مثالان .

(تنبيهات)

الأول : روى ابن القاسم عن الإمام مالك «رض» جوازها في الرقيق والحيوان ، قال ولم أسمع من مالك في الثياب شيئاً وهي عندي على ما أعارها عليه والحلى عنده كذلك ، فيها قيل فإن أعمر ثوباً أو حلياً ، قال لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ، وأما الحلى فأراه بمنزلة الدار اهـ .

وَرَجَعَتْ لِلْمُعْمِرِ أَو وَارِثِهِ :

الثاني : الحط إن قال أعمرتك ولم يقل حياتك ولا حياتي ولم يضرب أجلا فهي عمرى وكذلك أسكنتك اللخمي قد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام حمل بعضها على هبة الرقاب وبعضها على هبة المنافع ، وهو يقول كسوتك هـذا الثوب وأخدمتك هـذا العبد وحملتك على هذا البعير وأسكنتك هـذه الدار وأعمرتك ، فحمل قوله أعمرتك وأسكنتك ، وأخدمتك على انها هبة منافـع حياة المخدوم والمسكن والمعمر ، وقولك كسوتك هذا الثوب وحملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب ، ثم قال والعمرى ثلاثة مقيدة بأجل أو حياة المعمر ومطلقة ومعقبة ، فإن قيدت بأجل بان قال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشراً أو حياتي فهي على ما أعطى ، وإن أطلق ولم يقيد حمل على عمر المعطى حتى يقول عمري أو حياتي ، وإن عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك فلا ترجع اليه إلا أن ينقرض العقب ، وفي قوانين ابن جزيء العمرى جائزة إجماعاً ، وهي أن يقول أعمرتك داري أو ضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكناها أو استغلالها فهو وهب له منفعتها فينتفع بها حياته ، فاذا مات رجعت إلى ربها،وإن قال لك ولعقبك فإذا انقرض عقبه رجعت إلى ربها أو لوارثه .

(ورجعت) العمرى بمعنى الذات التي وهبت منفعتها لشخص مـدة معلومة كسنة أو عشراً ومدةحياتهأو المطلقة أو المعقبةبعد انقضاء المدة أو موت الموهوب لهأوانقراض العقب (لـ) شخص (المعمر) بضم الميم الأولى وسكون العين المهملة وكسر الميم الثانية أي واهب المنفعة ملكاً إن كان حياً (أو) لـ (وارثه) أي المعمر إن كان مات ملكاً ايضاً . فيها إن قال له أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت اليه ملكاً بعد انقراضهم ، فإن مات فإلى أقرب الناس به يوم مات أو إلى ورثتهم . ابن القاسم من قال لرجل قد أعمرتك هذه الدار أو هذا العبد أو هذه الدابة حياتك جاز ذلك عند الإمام مالك «رض»،ورجع بعد موته للذي أعمرها أو إلى ورثته . قلت فإن أعمر ثوباً قال لم أسمع من مالك «رض» في الثياب شيئاً ، وأما الحلي فأراه بمنزلة الدار والثياب عندي على ما أعاره عليه من الشرط.

كَحُبُسٍ عَلَيْكُما، وهُوَ لِآخِرِكُما مِلْكاً، لاَ الرُّقْبى كذَوَيْ
دَارَيْنِ، قَالاَ: إنْ مُتَّ قَبْلِي فَهُما لِي، وإلاَّ فَلَكَ: كهِبَةِ نَخْلٍ

وشبه في الرجوع ملكا فقال (ك) عبدي أو داري أو دابتي (حبس عليكما وهو) أي الحبس (لآخركما) بمد الهمز وكسر الخاء المعجمة حال كون العمرى الراجعة لمعمرها او وارثه (ملكا) له «غ» لفظ ملكا منصوب على الحال من ضمير الفاعل في رجعت وأشار بالتشبيه لقوله آخر كتاب الهبات من المدونة، ومن قال لرجلين عبدي حبس عليكما وهو للآخر منكما جاز ذلك عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وهو للآخر يبيعه ويصنع به ما يشاء فيستحقانه معا على وجه الحبس، فإذا مات أحدهما ملكه الآخر (لا) تجوز (الرقبى) بضم الراء وسكون القاف وفتح الموحدة مقصوراً.

ابن عرفة وفي عاريتها لم يعرف مالك رضى الله تعالى عنه الرقبى ففسرت له فلم يجزها وهي تحبيس رجلين داراً بينهما على أن من مات منهما أولاً فحظه حبس على الآخر، وسألته عن تحبيسهما عبداً بينهما على أن من مات منهما فحظه يخدم آخرهما موتاً حياته، ثم يكون العبد حراً فلم يجزه، وألزمهما عتقه بعد موتهما. ومن مات منهما يخدم ورثته دون صاحبه، فإذا مات آخرهما كان حظ كل منهما حراً من ثلثه، كمن قال إن مت فعبدي يخدم فلانا حياته ثم هو حر.

اللخمي إن نزل في الدار فعلي أن الحبس على معين يرجع ملكاً يبطل تحبيسها، وترجع ملكاً لهما، وعلى رجوعه حبساً تبطل السكنى فقط وتكون لهما حتى يموت أحدهما فترجع مراجع الاحباس. الصقلي ألزمهما العتق لأنه كمتق لأجل لوقفه على موت فلان وجعله من الثلث لقوله بعد موتي فجمع له الحكمين.

ومثل للرقبى فقال (كذوي) بفتح الذال المعجمة والواو مثنى ذو، أي صاحبي (دارين) مثلا (قالا) أي قال كل منهما للاخر (إن مت) بفتح التاء قبلي (فهما) أي داري ودارك ملك (لي وإلا) إي وإن لم تمت قبلي بأن مت أنا قبلك (ف) هما (لك) وتعاقدا على هذا، وشبه في المنع فقال (كهبة نخل) لشخص (واستثناء ثمرتها) أي

وَٱسْتِثْنَاءِ ثَمَرَتِهَا سِنِينَ ، وَالسَّقْيُ عَلَى ٱلْمَوْهُوبِ لَـهُ ، أَوْ فَرَسٍ لِمَنْ يَغْزُو سِنِينَ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ ٱلْمَدْفُوعُ لَـهُ ، وَلَا يَبِيعُهُ لِبُعْدِ ٱلْأَجَلِ ،

النخل (سنين) مستقبلة بعد الهبة للواهب (و) قد شرط الواهب أن يكون (السقي) للنخل في تلك المدة (على الموهوب) فلا يجوز للغرر ، لأنه بيع معين يتأخر قبضه ، إذ كأنه باعه النخل بسقيه في تلك السنين على أنه لا يقبضه إلا بعدها ، ولا يدرى حاله بعدها ، ومفهومه لو كان السقي على الواهب لجاز لأنه محض معروف .

(أو) هبة (فرس لمن يغزو) عليه (سنين و) شرط الواهب أنه (ينفق) الموهوب له (عليه) أي الفرس في تلك السنين ، ثم يكون الفرس ملكاً المدفوع له فلا يجوزلذلك (واشترط) الواهب على الموهوب له أنه (لا يبيعه) أي الموهوب له الفرس (ل) ما(بعد) تمام (الأجل) أي السنين . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من تصدق على رجل بحائط وفيه ثمر فزعم أنه لم يتصدق بالثمرة ، فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر فهي للمعطى ، وإن كانت مأبورة فهي للمعطى كالبيع ،ويقبل قوله و كذلك الهبة ورب الحائط مصدق من حين تؤبر الثمرة . ابن القاسم ولا يمين عليه في ذلك .

قلت و كيف حيازة النخل وربهايسقيها لمكان ثمرته فقال إن خلى بينه وبين أن يسقيها كانت حيازة. ابن المواز يقبض الموهوب له النخل ويكون سقيها على واهبها في ماله لمكان ثمرته ، ويتولى الموهوب له سقيها لمكان حيازته . ومن المدونة ابن القاسم و كذلك لو استثنى الواهب ثمرتها لنفسه عشر سنين ، فإن أسلم النخل للموهوب له يسقيها بماء الواهب ويرجع اليه ثمرتها كل سنة فذلك حوز، وإن كان الموهوب له يسقيها بمائه والثمرةللواهب لم يجز ، لأنه كأنه قال له اسقها في عشر سنين ثم هي لك ، ولا يدرى اتسلم النخل إلى ذلك الأجل أم لا ، ولقد قال لي مالك رضي الله تعالى عنه فيمن دفع إلى رجل فرسه يغزو عليه سنتين أو ثلاثة ، وينفق عليه المدفوع له الفرس من عنده ، ثم هو للمدفوع اليه بعد الأجل ، وشرط عليه أن لا يبيعه قبل الأجل أنه لا خير فيه ، وبلغني عنه أنه قال

أرأيت إن مات الفرس قبل الأجل أتذهب نفقته باطلاً ، فهذا غرر ، فهذا يدلك على مسألتك في النخل . وأما إن كانت النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليها ولم يخرجها من يده ، فهذا إنما وهب نخله بعد عشر سنين فذلك جائز للموهوب له إن سلمت النخل إلى ذلك الأجل ولم يمت ربها ولا لحقه دين فله أخذها بعد الأجل ، وإن مات ربها أو لحقه دين بطلت الهبة فلا حق له فيها .

(و) إن وهب أب لولده هبة فـ (للأب) أى مباشرة أي لا الجد (اعتصارها) بكسر الهمز وسكون العين المهملة وكسر الفوقية وإهمال الصاد ، أي أخذ الهبة بلا عوض (من ولده) ذكراً كان أو أنثى ، صغيراً كان أو كبيراً ، وظاهره ولو حازها الولد وهو كذلك على المشهور . ابن عرفة الاعتصار ارتجاع المعطى عطيته دون عوض لا بطوع المعطي ، وصيغته ما دل عليه لفظاً ، وفي لغو الدلالة عليه التزاماً نقلاً ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد ، قال بعض فقهاء الشورى فيمن باعها قبله باسم نفسه ومات فثمنها لابنه في ماله ، ولا يكون الإعتصار إلا باشهاد اهـ ، قوله ما دل عليه لفظا شامل لما كان من مادة الإعتصار ، ولما لم يكن منها بدليل ما بعده . وفي لباب ابن راشد صيغته ما دل عليه كاعتصرت ورددت ، ثم قال ولا يكون اعتصار الأبوين إلا باشهاد اهـ ، فتخصيص صيغته بمادة الإعتصار غير صحيح قاله البناني .

وشبه في الإعتصار فقال (كأم) مباشرة الولادة فلها اعتصار ما وهبت لولدها (فقط) أي دون غيرهما من جد وجدة ونحوهما على المشهور . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه ما لم يستحدثوا ديوناً ، ويحدثوا فيها احداثاً . ابن عرفة المذهب صحة اعتصار الأب ما وهبه لابنه صغيراً كان الإبن أو كبيراً ، ومعروف المذهب أن الأم مثله . فيها قال ربيعة رضي الله تعالى عنه لا يعتصر الولد من الوالد . قلت فهل يجوز لغير الأبوين من جد أو جدة أو عم أو عمة أو خال أو خالة أو غيرهم اعتصار هبتهم ، قال لا يجوز الإعتصار في قول الامام

مالك رضي الله تعالى عنه إلا للوالد والوالدة، ولا يجوز لأحد غيرهما وإنما تعتصر الأم التي (وهبت) ولداً (ذا) أي صاحب (أب) فإن وهبت يتيماً فليس لها الإعتصار منه ، ولها الإعتصار من ذي الأب إن كان الأب عاقلا ، بل (وإن) كان الأب (مجنونا) جنوناً مطبقاً ، إذ هو كالعاقل في الإنفاق من ولده من ماله فليس ولده يتيماً ، ولها الإعتصار من ذي الأب حال الهبة إن استمر الأب حياً ، بل (ولو تيتم) بفتحات مثقلا ، أي صار الولد يتيماً بموت أبيه بعد هبتها له فلها الاعتصار منه (على المختار) للخمي من الخلاف . وأشار بولو لقول ابن المواز لا تعتصر منه .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه ما وهبت الأم أو نحلت لولدها الصغار ولا أب لهم فليس لها اعتصاره ، لأنه يتيم ولا يعتصر من يتيم ويعد ذلك كالصدقة عليه . ابن القاسم إن وهبتهم والأب مجنون جنوناً مطبقاً فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها . اللخمي إن كان له أب يوم العطية ولم تعتصر حتى مات أبوه ، فإن لها اعتصارها لأنها لم تكن على وجه الصدقة . وفي كتاب محمد لا تعتصر ، والأول أحسن ، لأن المراعي وقت العطية هل كانت هبة أو صدقة ، والذي قاله محمد حسبما نقل ابن يونس إن وهبت لولدها الصغير فبلغ قبل موت أبيه ثم مات أبوه فلأمه اعتصار ما وهبته ، وإن مات الأب قبل بلوغ الولد ثم بلغ فليس لها الاعتصار لانقطاعه بموت أبيه قبل بلوغه .

عج انظر كيف قدم اختيار اللخمي على قول محمد وابن أبي زيد الموافق لظاهر المدونة وتبعه تلامذته والعدوي . البناني كلامه يفيد التعقب على المصنف من وجهين ، أحدهما أن اختيار اللخمي من عنده لا من الخلاف، فحقه التعبير بالفعل ، والثاني أنه اعتمده وترك المنصوص . قلت كون اختيار اللخمي ليس بمنصوص هو ظاهر كلام أبي الحسن وضيح وغيرهما ، ولكن ذكر أبو الحسن أن لفظ المدونة يحتمل لكل من القولين ، ويؤخذ منه أن ما للخمي هو ظاهرها ونصها وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة الأب، أبو الحسن انظر قولها في حياة الأب ما العامل فيه نحلت أو وهبت، فإن كان العامل

إِلاَّ فِيمَا أُرِيدَ بِهِ ٱلْآخِرَةُ : كَصَدَقَةٍ بِلاَ شَرْطٍ ، إِنْ لَمْ تَفُتْ ،
لَا بِحَوَالَةِ سُوقٍ ،

فيه تعتصر كان كقول محمد وإن كان وهبت فمثل ما رجح اللخمي فيتخرج القولان منها اه ، ولا شك أن ظاهرها هو التعلق بالأقرب وهو وهبت فلعل المصنف اقتصر على مختار اللخمي ، وعبر عنه بالاسم لأنه ظاهرها .

واستثنى مما يعتصره الأب فقال (إلا فيما) أي تبرع من الأب أو الأم (أريد) بفتح الدال (به) أي التبرع (الآخرة) أي ثوابها فليس لهما اعتصاره لأنها صدقة ، في نوازل سحنون هبته لابنه للصلة لا يجوز اعتصارها ، وكذا هبته لضعفه وخوف الخصاصة عليه، ولابن الماجشون كل هبة لولده لوجه الله تعالى ، ولطلب الأجر أو لصلة الرحم فلاتعتصر. ابن رشد هذا مثل قول عمر في المدونة ونحوه في مختصر ابن عبد الحكم ، وبه جرى العمل وهو أظهر من قول مطرف تعتصر .

وشبه في منع الاعتصار فقال (كصدقة) من أب أو أم لولدهما (بلا شرط)لاعتصارها فليس لهما اعتصارها . ومفهوم بلا شرط أنه إن تصدق عليه بشرط الاعتصار إن شاء فله الاعتصار وهو كذلك . الباجي إذا قيد الهبة أو العطية أو النحلة فقال إني سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المذهب في جواز الاعتصار . ابن رشد الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط .

وذكر موانع الاعتصار فقال (إن لم تفت) الهبة (بحوالة) أي تغير (سوق) أي قيمة بزيادة أو نقص على قيمتها يوم هبتها ، فإن فاتت بها فلا تعتصر ، هذا ظاهره ، ولكن قال « ق » لو قال ولو فاتت بحوالة سوق لا بزيد ونقص لوافق نص الباجي إذا تغيرت الهبة في قيمتها بتغير الأسواق فلا يمنع ذلك اعتصارها قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، ووجهه أن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصانها لا تعلق لها بها ولا تأثير له في صفتها فلا يمنع اعتصارها كنقلها من موضع إلى آخر .

« غ » في بعض النسخ إن لم تفت لا بحوالة سوق ، بل بزيد أو نقص ، وهو الصواب.

الشارح ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق ، والذي حكاه الباجي عن مطرف وعبد الملك وأصبغ أنه غير مفيت . ابن راشد لا خلاف فيه . الحط في معين الحكام قولان في فوات الاعتصار بحوالة السوق فيحتمل أنه اعتمد القول بالإفاتة ، والله أعلم . طفي لم أجد في المعين إلا أنها لا تمنعه . ابن رشد من غير خلاف . ابن عرفة تغير السوق لغو ، وظاهر كلام ابن رشد واللخمي وغيرهما الاتفاق ، وصرح به عياض .

ابن حارث اتفقوا على أنه إن كانت الهبة قائمة بعينها لم تتغير ، فالإعتصار جائز ، وقول ابن عبد السلام لا يبعد يخرج الخلاف فيه حقه أن يبين الأصل الذي يخرج منه الخلاف، وذكره دون تعيينه ساقط اهـ، فهذا كله يفيد خلاف ما قاله «ح» ، ولعله سبق قلم ونسب تت في كبيره لبعض شراح الجلاب أنه رجح الإفاتة بها، وأن في المسألة طريقتين إحداهما تحكى الخلاف وهو في عهدته . البناني وعلى تسليم وجود الخلاف فهو ضعيف لما تقدم عن ابن عرفة ، ولذا قال «ز» لعدم فواته بها على المشهور ، والله أعلم .

(أو) بحصول (زيد)بفتح فسكون ، أي زيادة في ذات الهبة ككبر صغير وسمن هزيل (أو) بحصول (نقص) فيها كانهدام ونسيان صنعة ، الباجي إذا تغيرت الهبة في عينها فقال مطرف وابن الماجشون زيادتها في عينها ونقصها لا يمنع اعتصارها ، وقال أصبغ يمنعه ، وهو الظاهر من قول الإمام مالك «رض» وابن القاسم رحمه الله تعالى، لأن تغير حال ذمة المعطى يقطع الإعتصار ، فإن يمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى .

(و)إن لم (ينكح) بضم التحتية وفتح الكاف أي يزوج الولد الموهوب له لأجل الهبة ، فإن زوج لأجلها ولو لم يدخل فات اعتصارها ذكراً كان الولد أو أنثى لرغبة الناس في ذي المال وتعلق حق الزوجة والزوج به (أو) إن لم (يداين) بضم التحتية الأولى وفتح الثانية ، أي يعامل الولد الموهوب له بدين ببيع أو قرض (لها) أي لأجل يسره بالهبة ، فإن دوين لها فات اعتصارها . طفي هذا مذهب الموطأ ، وقول مطرف وأصبغ وابن القاسم كما في البيان ولم ينسب مقابله إلا لابن الماجشون ، لكن ظاهر المدونة أن الدين والنكاح يمنعان مطلقاً .

ولما نقل ابن عرفة سماع عيسى[1] قال عقبه ظاهر قولها للأب اعتصار ماوهبه لأولاده الكبار ما لم ينكحوا ، وفي الجلاب مثله خلاف ذلك ، ونصها باختصار أبي سعيد إلا أن ينكحوا أو يتداينوا فنقل المواق عنها التقييد بكون النكاح والدين لأجلها غير ظاهر اهـ .

فيها للإمام مالك « رض » وللأب أن يعتصر ما وهب أو نحل لبنيه الصغار والكبار وإن لم يكن للصغار أم ، لأن اليتم انما هو بموت الأب ما لم ينكحوا أو يستحدثوا دينا، لأنه إنما أنكح لغناه وعليه داينه الناس ، وبذلك يرغب في البنت ويرفع في صداقها فلذلك منع الاعتصار إذا كانت الهبة كثيرة يزاد في الصداق لأجلها ، فأما الثوب ونحوه فــلا .

---

(١) (قوله لما نقل ابن عرفة سماع عيسى) نص ابن عرفة سمع عيسى ابن القاسم من نحل ابنته نحلة فتزوجها رجل عليها ثم طلقها أو مات عنها وهي بيدها فلا اعتصار له ، فيها ونقل اللخمي منع نكاح البنت الاعتصار ، فإن النكاح لأجل الهبة كالسماع ، وفي رسم باع من سماع عيسى لمن نحل ابنه التاجر المالك الف دينار ما قدره ثلاثون ديناراً ثم تزوج وهو ممن لا يزوج لتلك النحلة فيا يرى الناس اعتصار تلك النحلة . قلت وظاهر قولها للأب اعتصار ما وهبه لولده الكبار ما لم ينكحوا ومثله في الجلاب خلاف ذلك ، ففي مانعية نكاح الابن مطلقاً ولغوه ، ثالثها لغوه إن لم يتزوج للهبة لقلتها أو كثرتها وهو بين اليسار إلا أن تكون كثيرة ، ولولا هي لم يتزوج لظاهرها مع الجلاب وغيره والصقلي واللخمي وابن رشد عن ابن دينار واختيار اللخمي ابن نكح بغير سبب الهبة لكونها يسيرة يعلم أنه لم يتزوج لأجلها ، ففي لغو ما نميته قولان لأصبغ مع ابن القاسم ومطرف وروايته ، وقول ابن الماجشون والدين لأجلها مانع وما ليس لأجلها قال فيه ابن رشـد ما قال في النكاح عن قائليه . فيه اللخمي عن محمد إنما يمنع إن داينه الناس لأجلها وأرى لغوه إن استدان وله وفاء بدينه ، لأن له هبة الهبة إنما يمتنع الاعتصار ان تعلق للغريم حق ، وكذا إن لم يكن عنده سوى الهبة ثم اشترى سلعة تجر لأنه موسر بها ولو كان الدين ثمن طعام يأكله أو ثياب يلبسها منع الاعتصار اهـ .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن نحل ابنته نحلة فتزوجها رجل عليها ثم مات أو طلق فقد انقطع الاعتصار بالنكاح فلا يعود بنى بها أو لم يبن ، وكذا من نكح من الذكـور أو الإناث أو داين ثم زال الدين أو زالت العصمة فلا اعتصار ، فيهـا قضى عمر بن عبد العزيز «رض» فيمن نحل ابنه أو ابنته ثم نكحها على ذلك فلا رجوع له وإن نحلها بعد النكاح فذلك له ما لم يتداينا أو يموتا .

(أو) إن لم (يطأ) الابن البالغ أمة (ثيباً) وهبها له أبوه أو أمه ، فإن وطئها فات اعتصارها عند الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما ، وإن كان وطء الثيب فوتاً فالبكر أولى ، ويصدق الابن في دعوى الوطء عند ابن القاسم . يحيى بن عمر إن كان اختلى بها ، كالوطء التدبير والكتابة والعتق لأجل وأولى المنجز . محمد إذا وهبه أبوه أو أمه بعد تزويجه فله اعتصارها ما لم يتداين الولد أو تنمو الهبة أو يطؤهـا إن كانت جارية فيفوت الاعتصار ، وإن لم تكن بكراً ولم تحمل قاله الإمـام مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب رضي الله تعالى عنهم .

(أو) إن لم (يمرض) الموهوب له مرضاً مخوفاً ، فإن مرض مرضاً مخوفاً فات اعتصارها لتعلق حق ورثته بها ، وشبه في المنع فقال (ك) مرض (واهب) مرضاً مخوفـاً فيفوت اعتصارها لاتهامه بأنه إنما يعتصرها لورثته . يحيى بن عمر إن مرض الأب أو الابن فـلا اعتصار في مرض أحدهما ، وإن زال المرض فله اعتصارها ، بخلاف النكاح والدين لأنه لم يعامل لها في المرض . وقال سحنون مثله في الأب ، قال ولا يشبه المعتصر منه المعتصر في ذلك ، وقال أصبغ إذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو تداينه ثم زال المرض والدين والنكاح فلا اعتصار وإذا زال الاعتصار يوماً فـلا يعود ، وقاله ابن حبيب عن الإمام مالك «رض» ، وقال المغيرة وابن دينار وإذا صح المعطي والمعطى (١)

---

(١) (قوله المعطي والمعطى) بكسر الطاء في أحدهما وفتحها في الآخر . ابن عرفة وعلى مانعية المرض لو زال ففي عود الاعتصار ثالثها في زوال مرض المعتصر ثم قال ابن رشد ـ ـ

إِلَّا أَنْ يَهَبَ عَلَى هَـذِهِ الْأَحْوَالِ ، أَوْ يَزُولُ الْمَرَضُ عَلَى الْمُخْتَارِ ، وَكُرِهَ تَمَلُّكُ صَدَقَةٍ بِغَيْرِ مِيرَاثٍ ،

رجع الإعتصار كما تنطلق يده فيما له فيما كان ممنوعاً منه .

واستثنى من قوله ولم ينكح أو يداين لها وما بعده فقال (إلا أن يهب) الأب أو الأم لولده وهو (على) حال من (هذه الأحوال) المانعة الاعتصار بأن وهبه وهو متزوج أو مدين أو أحدهما مريض فله الاعتصار مع هذه الأحوال ، ولا يكون وجودها مانعاً منه (أو) إلا أن (يزول المرض) الحاصل للموهوب له أو الواهب بعد الهبة فيعود الاعتصار (على المختار) للخمي من الخلاف ، وهو قول الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما ونصه اختلف إذا امتنع الاعتصار لمرض الأب أو الابن ثم برىء ، فقال المغيرة وابن دينار وابن القاسم وابن الماجشون يعتصر وهو أبين ، لأن المنع إنما كان لأن الظاهر أنه مرض موت ، فإذا صح تبين أنهم أخطؤا وأنه مرض لا يموت منه ، ولو اعتصر في ذلك المرض ثم صح منه كان الاعتصار صحيحاً لأنه قد تبين أنه كان في حكم الصحيح نقله «ق» .

(وكره) بضم فكسر (تملك) بفتح الفوقية والميم وضم اللام مثقلة (صدقة) للمتصدق بها (بغير ميراث) كشراء أو قبول هبة أو صدقة فلا يكره تملكها بميراث ، لأنه ليس اختيارياً والأصل في هذا أن عمر «رض» تصدق بفرس جواد على رجل فلم يقم بحقه فاستشار عمر «رض» النبي ﷺ في شرائه منه ، وقال عمر أنه يبيعه برخص فقال النبي ﷺ لا تشتره ولو أعطاكه بدرهم العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه .

← لو قيل بوقف الاعتصار في المرض لصحته أو موته لكان وجه القياس والنظر . قلت تقدم لجزم اللخمي به ، والفرق بين زوال المرض وبين زوال النكاح والدين المتفق على بقاء ما نعيتها أن زوال المرض يصيره كأنه لم يكن لعدم بقاء أحكامه ، لأن العطية فيه من الثلث ، فإن زال صارت من رأس المال وزوال النكاح والدين ليس كذلك لبقاء أحكامهما من الحرمة والعهدة وغيرهما .

وَلاَ يَرْكَبُها أو يَأْكُلْ مِنْ غَلَّتِها ، وَهَلْ إلاَّ أنْ يَرْضَى الاِبْنُ الْكَبِيرُ بِشُرْبِ اللَّبَنِ ؟

فيها للإمام مالك «رض» لا يشتري الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره ، محمد لا ترجع باختيار من شراء أو غيره وإن تداولتها الأملاك والمواريث. اللخمي اختلف هل النهي على الكراهة أو التحريم ، فقال الإمام مالك «رض» لا ينبغي أن يشتريها ويكره ، وظاهر الموازية لا يجوز والأول أحسن ، لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام . ابن عرفة التعليل يدل على ذم الفاعل بتشبيهه بالكلب العائد في قيئه والذم على الفعل يدل على حرمته . عز الدين لبعد اللخمي عن قواعد أصول الفقه ، قال ما ذكره والله أعلم ، ورجوعها بالإرث جائز اتفاقاً ، لأنه جبر . ابن عرفة ظاهر قول اللخمي عن الموازية لا يجوز الحرمة ، وهو لفظ المدونة وسماع ابن القاسم ، وعبر ابن عبد السلام عن المشهور بالكراهة وفيه نظر ، ولم يحك ابن رشد في سماع عيسى غير لفظ لا يجوز.

(ولا يركبها) أي المتصدق الدابة التي تصدق بها (أو يأكل) المتصدق (غلتها) أي الصدقة فيها من تصدق على أجنبي بصدقة فلا يجوز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها ولا من ثمنها ، والأم والأب إذا احتاجا فلا بأس أن ينفق عليهما مما تصدقا به على الولد . محمد ولا يستعير ما تصدق به أو أعطاه لرجل في السبيل وإن تصدق بذلك عليه فلا يقبله وإن لم يتصدق بالأصل ، وإنما تصدق بالغلة عمرى أو إلى أجل فله شراؤها قاله الإمام مالك «رض» وأصحابه إلا عبد الملك ، وللرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد، وكذلك الأم ، وهذا في الولد الرشيد ، وأما غيره فلا يفعل وقاله مالك «رض» ، ابن رشد شراء غلة ما تصدق به من المتصدق عليه ، قيل جائز كالعرية بخرصها ، وكرهه أشهب وهو الصواب . ابن عرفة شراء العرية بخرصها عود في عين العطية لا في غلتها .

(وهل) يحرم الانتفاع بغلة الصدقة على المتصدق بها في كل حال الا (أن يرضى) ابن المتصدق (الكبير) أي البالغ الرشيد (بشرب اللبن) أبوه أو أمه المتصدق عليه بذات

تَأوِيلاَنِ ، وَيُنْفِقُ عَلَى أَبٍ افْتَقَرَ مِنْهـــا ، وَتَقْوِيمُ جَارِيَةٍ أَو عَبْدٍ لِلضَّرُورَةِ ،

اللبن أو يمنع ولو رضي به الكبير في الجواب (تأويلان) أي فهمان لشارحي المدونة. فيها ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها ان كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها . وفي الرسالة لا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به. أبو الحسن ظاهره خلاف المدونة وفي المعونة الا ان يشرب من ألبان الغنم يسيراً او يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره . وقيل معنى مـــا في الرسالة اذا كان بحيث لا ثمن له . وقيل يحمل ما في الرسالة على ما ذكره ابن المواز من قوله الرجل ان يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها اذا رضي الولد الكبير اهـ ، الحط وإلى هذا أشار المصنف بقوله وهل الا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان ، الا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن ، وقد علمت أنه غير خاص به والله أعلم .

البناني ظاهر كلام أبي الحسن أن التأويلين على الرسالة لا على المدونة ، وذكر نص أبي الحسن المتقدم ثم قال فأنت ترى تقييد المدونة بالأجنبي موافقاً لظاهر كلام محمـــد ، وانما النظر في كلام الرسالة ، فإن حمل على ظاهره كان خلافاً لهما ، وان حـمل على الولد برضاه كان وفاقاً والله أعلم، ولو اختلفوا في مفهوم الأجنبي في المدونة وهل يعتبر فتكون وفاقاً للموازية أو لا يعتبر فتكون خلافاً لها لصح التأويلان عـــلى المدونة حينئذ لكن لم أره .

(وينفق) بضم التحتية وفتح الفاء (على أب) وأم (افتقر) اي صار فقيراً فينفق عليه (منها) اي صدقته على ولده فيها والأم والأب اذا احتاجا فـــلا بأس ان ينفق عليهما مما تصدقا به عـلى ولدهما اهـ ، ومثلهما الزوجة ولو غنية لوجوب نفقتها على زوجها لزوجيتها .

(و) يجوز للأب (تقويم جارية) تصدق بها على ولده الصغير (او عبد) تصدق به على ولده الصغير وتملكهما (للضرورة) اي احتياجه لوطء الجاريـــة واستخدام العبد

(ويستقصى) اي يبلغ الأب في قيمة الجارية او العبد أقصاها واعلاها ، فيها للامام مالك «رض» من تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه فـلا بأس أن يقومها على نفسه ، ويستقصى للابن . محمد عن ابن القاسم رخص في هذا الموضع للولد الصغير من ابنه ولو كان كبيراً أو أجنبياً ما حل له ذلك وقاله مالك . ابن عرفـة مثل قولها في سماع ابن القاسم والموهوب عبد . ابن رشد قولها في الجارية أعذر منه في العبد لتعلق نفسه بها ولو تبعتها نفسه والصدقة بها على أجنبي لما بعد شراؤه لها، بخلاف العبد والولد ، بخلاف الأجنبي للشبهة في مال ابنه ، ولذا أجاز في رسم نذر سنة أن يكتسي بصوف ما تصدق به على ابنه من الغنم ويأكل من لحمها ويشرب من لبنها .

البناني عبر بتقويم تبعاً لها ، والمراد شراؤه لنفسه من نفسة كما عـبر به في العتبية لا تقويمه بالعدول ، ولذا قال أبو الحسن انظر أجاز له أن يشتري من نفسه لنفسه ، وحمله على السداد . وفي كتاب الجعل جعله كالوصي يتعقب الإمام فعله . ابن رشد لأن بيعه لنفسه محمول على غير السداد، بخلاف بيعه من غيره فأجاز هنا أن يشتري الرجل ماتصدق به على ابنه ووجهوه بالضرورة وشبهة الملك وشبهة التصرف في مال الصغير (وجاز شرط الثواب) أي العوض المالي على الموهوب له في نظير الهبة مقارناً لصيغة الهبة ، كوهبتك أو أعطيتك أو منحتك أو نحلتك هذا الشيء على أن تثيبني أو تعوضني أو ترد علي أو تكافئني وهو بيع في الحقيقة . ابن يونس الهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات وإن لم يسم العوض عنـد الهبة أجازه العلماء على ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه وغيره، وخالفت البيع في هـذا ، كخلاف نكاح لتعويض لنكاح التسمية وكلاهما نكاح فيه عوض ، ولا بأس باشتراط الثواب عند الهبة وإن لم يصفه .

الباجي هبة الثواب ليست على وجه القربة ، وإنما هي على وجه المعاوضة، فإن لم يرض منها فله ارتجاعها وما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته للثواب كالجنين في بطن أمـه والعبد الآبق وما لم يبد صلاحه من ثمرة قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، ووجهه أنهـا عقد معاوضة فلا تجوز في نحو الآبق كالبيع. ابن عرفة هبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي .

وَلَزِمَ بِتَعْيِينِهِ ، وَصُدِّقَ وَاهِبٌ فِيهِ ، إنْ لَمْ يَشْهَدْ عُرْفٌ بِضِدِّهِ ، وإنْ لِعُرْسٍ ،

(ولزم) الثواب الموهوب له ، أي دفعه للواهب (بـ) سبب (تعيينه) أي الثواب حال عقد الهبة بأن قال وهبتك هذا الثوب على أن تثيبني هذا العبد أو هذه الدابة أو هذه الدار فرضي ، فإن امتنع من دفعه جبر عليه ، الحط يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب قاله ابن شاس وابن الحاجب . خليل لأنه التزمه بتعيينه . ابن عرفة هذا ضروري كبت عقد الخيار ، وجعل البساطي فاعل لزم ضمير عقد الهبة ، أي لزم العقد بتعيين الثواب جنساً أو قدراً ، ومفهومه أنه ان شرط الثواب من غير تعيين فلا يكفي في اللزوم وهو كذلك . البناني وهو صحيح أيضاً لقول ابن رشد الثالث أي من أوجه هبة الثواب أن يهب على ثواب يشترطه ويسمية فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع .

(و) إن وهب شخص لآخر هبة وادعى الواهب أنها للثواب (صدق) بضم فكسر مثقلا شخص (واهب) شيئاً متمولاً لشخص آخر (في) قصد (ه) أي الثواب (إن لم يشهد) بفتح التحتية والهاء (عرف) بضم فسكون جرى بين الناس (بضده) أي عدم الثواب على الهدية بأن جرى العرف به او لم يجر بشيء ، فإن جرى عرف بضده فلا يصدق الواهب فيه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ما وهبت لقرابتك أو ذي رحمك وعلم أنك أردت به ثواباً فذلك لك . فإن أثابوك وإلا رجعت . فيها وما علم أنه ليس لثواب كصلتك لفقيرهم وأنت غني فلا ثواب لك ، ولا تصدق أنك اردته ولا رجعة في هبتك ، وكذلك هبة غني لأجنبي فقير او فقير لفقير ، ثم يدعي أنه أراد الثواب فلا يصدق إذا لم يشترط في أصل الهبة ثواباً ولا رجعة له في هبته .

ويصدق الواهب فيه إن كان وهب لغير عرس ، بل (وإن) كان وهب (لعرس) الباجي ما جرت به عادة الناس ببلدنا من إهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش وغيرها

وَهَلْ يَحْلِفُ أَوْ إِنْ أَشْكَلَ؟ تَأْوِيلَانِ ، فِي غَيْرِ الْمَسْكُوكِ إِلا لِشَرْطٍ ،

عند النكاح ، فقد قال ابن العطار إن ذلك على الثواب ، وبذلك رأيت القضاء في بلدنا ، قال لأن ضمان المهدين والمهدي لهم على ذلك يريد أنه العرف ، قال وذلك كما شرط فيقضى للمهدي بقيمة الكباش حين قبضها المهدي اليه إن كانت مجهولة الوزن ، فإن كانت معلومة الوزن قضي بوزنها ، وإن كان المهدي اليه بعث إلى المهدي قدراً من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس حوسب به في قيمة هديته ، ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا ، فلا يقضى فيه بثواب أبو بكر بن عبد الرحمن لو قال لا أعطيك إلا أن يتجدد عرس ، وهو شأن الناس ، فله الرجوع بقيمة هديته معجلا .

(وهل يحلف) الواهب على قصد الثواب مطلقاً شهد له العرف أولا (أو) إنما يحلف (إن أشكل) الأمر ولم يشهد له العرف ولا عليه في الجواب (تأويلان) عياض قوله في هبة الفقير إن قال إنما وهبته للثواب ، فالقول قول الواهب وقع في بعض النسخ المدونة مع يمينه ، ومثله في كتاب ابن الجلاب . وقال ابن زرب لا يمين عليه . وقال أبو عمران أما إذا أشكل فاحلافه صواب وإن لم يشكل وعلم أنه أراد الثواب فلا يحلف . وفي المقدمات إن لم يتبين أنه أراد بهبته مجرد الثواب دون مكافأة أو قصد الوجهين جميعاً مثل هبة النظراء والأكفاء من أهل الوفور والغنى ففي المدونة القول قول الواهب . واختلف الشيوخ في تأويلها هل بيمين أو غيرها اهـ ، ونقله في التوضيح وابن عرفة فظهر أن التأويلين في الواهب وهو مراد المصنف فهما راجحان لقوله وصدق واهب فيه ، وبهذا قرره البساطى ، وعبارة الشامل فإن أشكل صدق الواهب وهل بيمين تأويلان، ويصدق الواهب فيه (في) هبة (غير المسكوك) أي الدراهم والدنانير فلا يصدق فيه في هبة المسكوك (إلا بشرط) للثواب في هبة المسكوك فيعمل عليه ويثاب عنه عرض أو طعام أو حيوان . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا ثواب في هبة الدنانير والدراهم وإن وهبها فقير لغني وما علمته من عمل الناس . ابن القاسم إلا أن يشترط الثواب فيثاب

وَهِبَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ ، وَلِقَادِمٍ عِنْدَ قُدُومِهِ وَإِنْ فَقِيراً لِغَنِيٍّ ، وَلاَ يَأْخُذُ هِبَتَهُ وَإِنْ قَائِمَةً ،

عرضاً أو طعاماً وأجاز الامام مالك هبة الحلى المصوغ للثواب والعوض عليه يعاض عروضاً .

(و) لا يصدق في قصد الثواب في (هبة أحد الزوجين للآخر) ظاهره مطلقاً .وقيل إلا أن يشترطه ، وبه قرر الشارح كلام المصنف بناء على الحذف من الثاني لدلالة الأول . فيها لا يقضى بين الزوجين بالثواب في الهبة ولا بين والد وولده إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم مثل أن تكون للمرأة جارية فارهة فطلبها منها زوجها وهو موسر فاعطته إياها مريدة بها استفزاز صلته وعطيته ، والرجل كذلك يحسن لامرأته والابن لأبيه بما يرى أنه أراد بذلك استفزاز ما عند أبيه . فإن كان مثل ذلك مما يرى الناس أنه وجه ما طلب في هبته ، ففي ذلك الثواب ، فإن أثابه وإلا رجع كل واحد منهما في هبته وإن لم ير وجه ما ذكرنا فلا ثواب بينهما .

(و) لا يصدق في قصده من أهدى (لقادم) من سفر (عند قدومه) أي القادم منه إن كانا غنيين أو فقيرين أو المهدي فقيراً والمهدى له غنياً ، بل (وإن) كان المهدي (فقيراً) أهدى (لغني) عند الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما (ولا يأخذ الفقير) المهدي للغني عند قدومه (هديته) أي الفقيرُ من الغني المهدى له إن كانت فاتت بيد الغني ، بل (وإن) كانت (قائمة) بعينها بيد الغنى .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إذا قدم غني من سفر فأهدى له جاره الفقير الفواكه والرطب وشبهها ، ثم قام وطلب الثواب ، وقال إنما أهديت اليه رجاء أن يكسوني أو يصنع بي خيراً فلا شيء فيه لغني أو فقير . ابن القاسم ولا له أخذ هديته وإن كانت قائمة بعينها . الحط أطلق فيه رحمه الله تعالى وهو مقيد في المدونة وغيرها بما يهدى من الطعام والفاكهة ونحوهما . ابن عرفة وفيها لا ثواب في هدية فقير لغني الفاكهة والرطب لقدومه من سفر. ابن القاسم ولا له أخذ ذلك ولو كان قائماً . الصقلي عن الشيخ

وَلَزِمَ وَاهِبَها لا الْمَوْهُوبَ لَهُ الْقِيمَةُ ، إلاَّ لِفَوْتٍ بِزَيْدٍ أو نَقْصٍ ، وَلَهُ مَنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ ،

لابن اللباد عن بعض أصحابنا له أخذه إن كان قائماً ، قال وأما القمح والشعير يوهب للقادم ففيه الثواب .

اللخمي اختلف في الهبة للقادم من السفر الفاكهة والطعام وشبههما فقال مالك رضي الله تعالى عنه لا ثواب فيها ولابن عبد الحكم في مختصر حديس له . فيها الثواب وهو أبين والشأن رجاؤه مما يقدم به المسافر . قلت مفهومه أنه إن لم يقدم بشيء فلا ثواب عليه .

(ولزم واهبها) أي هبة الثواب قبول القيمة إن دفعها له الموهوب له قائمة كانت أو فائتة على المشهور (لا) تلزم (الموهوب) له وفاعل لزم (القيمة) للشيء الموهوب فللموهوب له ردها (إلا لفوت بزيد أو نقص) في عين الهبة فليس له ردها على المشهور . الحط يعني أن الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له ، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة إلا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان . « ق » هبة الثواب يكون للموهوب له مخيراً فيها ما كانت قائمة لم تفت بين أن يشبه ما فيه وفاء بقيمة الهبة أو يردها عليه ، ولا تجب القيمة عليه إلا بالفوت . ابن رشد اختلف في الفوت الذي يلزم به الموهوب له القيمة على أربعة أقوال . الثالث أنه لا يكون إلا بالزيادة أو النقصان وهو قول ابن القاسم في المدونة وإحدى روايتي عيسى عنه .

(وله) أي الواهب (منعها) أي الهبة من الموهوب له (حتى يقبضه) أي الواهب الثواب من الموهوب له . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه أما هبة الثواب فلواهبها منعها حتى يقبض عوضها كالبيع .

(تنبيهات)

الأول : لم يذكر المصنف بم يلزم الواهب قبول القيمة هل بمجرد الهبة أو بالقبض ، بل يتبادر منه أنه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة ، وهو أحد الأقوال ، والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب لما قاله في التوضيح

الثاني : ابن عرفة إذا أثاب الموهوب له في هبة الثواب أكثر من القيمـــة ، وامتنع الواهب أن لا يقبل إلا القيمة فليس ذلك له ، ويجبر على أخـــذ ما أعطاه الموهوب له .

الثالث : في الاستغناء عن الامام مالك رضي الله تعـــالى عنه ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ، ولا أن يضيفوا أحداً ولا أن يكافئوا على الهدايا ، وكذا السلطان لا يكافىء ولا يكافا . «غ» عن شيخه القوري :

ليس على الفقيه من ضيافـات ولا شهادات ولا مكافـآت

ذكر ذا أيضا لذي المدارك عن سعد المعافري عن المدارك

أفادها الحط.البناني «غ» في تكميل التقييد البيتين لنفسه.

(وأثيب) بضم الهمز وكسر المثلثة أي دفع الموهوب لهللواهبعوضاً عن هبته (ما) أي شيئاً أوالشيء الذي (يقضى) بضم التحتية وسكون القاف وفتح الضاد المعجمة،أي يجوز دفعه قضاء (عنه) أي الموهوب (ببيع) أي يجعل ثمنه في البيع . ابن القـاسم من وهبك حنطة فلا خير في أن تعاوضه منها بعد حنطة أو تمراً أو غـيره من مكيل الطعام أو موزونه إلا أن تعاوضه قبل التفرق طعاما من طعام ، فانه يجوز ، لأن هبة الثوابببيع من البيوع عند الإمام مالك « رح » إلا أن تعاوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله فلا بأس بذلك وإن افترقا إن كان ما يقضى عنه سليماً ، بل (وإن) كان (معيباً) «غ» بفتح الميم وكسر العين المهملة ثم ياء ناشئة عن الكسرة ثم موحدة من العيب إشار به لقولها وإن وجد الواهب عيباً بالعوض ، فان كان عيباً فادحا لا يتعاوض فيمثله كالجذام والبرص فله رده وأخذ الهبة إن لم تفت إلا أن يعوضه ، وإن لم يكن فادحاً نظر إلى قيمة المعيب فان كانت كقيمة الهبة فأكثر فلا يجب له غيره ، لأن ما زاد على القيمة تطوع غير لازم ، فان كان دون قيمتها فليتم له القيمة برىء،وليس للواهب رد العوض إلا أن يابى الموهوب له أن يتم له القيمة لأن كل ما يعوضه مما جرى بين الناس في الاعواض يلزم الواهب قبوله وإن كان معيباً إذا كان فيه وفاء بالقيمة وبالله تعالى التوفيق .

إلاَّ كَحَطَبٍ فَــلاَ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ، ولِلْمَأْذُونِ ، ولِلْأَبِ في مَالِ وَلَدِهِ : الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ ، وانْ قَالَ : دَارِي صَدَقَةٌ بِيَمِينٍ مُطْلَقاً ، أو بِغَيْرِهَا ولَمْ يُعَيَّنْ لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ

واستثنى مما يقضي عنه ببيع فقال (إلا) ما لم تجر العــادة بإثابته عنه (كحطب) وتبن وحلفاء وحشيش فلا يلزم الواهب قبوله عند ابن القاسم ابن شاس نوع الثواب الذي يلزم قبوله باتفاق الدنانـير والدراهم ، وروى أشهب انحصاره فيهما إلا أن يـتراضيا على غيرهما ، ورأى سحنون أن كل ما يتمول يصح أن يكون ثوابا . ويلزم الواهب قبوله إذا كان فيه وفاء بقيمة هبته ، ووافقه ابن القاسم في عدم الاقتصار على العين إلا أنه استثنى من المتمول الحطب والتبن وشبههما مما لا يثاب عادة بمثله ، تت وهــذا في غير الأمصار غالبا وإلا فبعض أهــل الامصار وذوي العيال والدواب إذا أثيب ذلك كان أحب اليه من غيره .

(ولـ) لرقيق (المأذون) له في التجر الهبة للثواب ، لأنه بيـع (وللأب في مال ولده) المحجور له لصغر أو سفه أو جنون (الهبة للثواب) فيهـا لابن القاسم « رح » وللمأذون أن يهب للثواب كالبيع ويقضى عليه أن يعوض من وهبة ، وللأب أن يهب من مال ولده الصغير للثواب ويعوض عنه واهبه للثواب ، لأن هــذا كله بيع وبيع الأب جائز على ابنه الصغير .

(وإن قال) الرشيد المالك أمر نفسه (داري) مثلاً (صدقه) وصلة قال (بيمين) كان فعلت كذا أو ان لم افعله فداري صدقة حال كونه (مطلقا) بكسر اللام أو قولاً مطلقا بفتحتها عن التقيد بكون المتصدق عليه بها غير معين (أو) قــال داري صدقة (بغيرها) أي اليمين ، بان قال ابتداء داري صدقة بلا تعليق على فعل أو عدمه (و) الحال انه (لم يعين) بضم ففتح فكسر مثقلاً القــائل داري صدقة المتصدق عليه بان أطلق أو على نحو المساكين وابى تنفيذ الصدقة في الصور الثلاث (لم يقض) بضم التحتية وفتح الضاد المعجمة أى فلا يحكم (عليه) أى القائل دارى صدقة بيمين مطلقا أو بغيرهــا ولم

بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ ، وَفِي مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ ، قَوْلَانِ ، وَقُضِيَ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فِيهَا بِحُكْمِنَا .

يمين بتنفيذ الصدقة بها ، وإنما يؤمر به لعدم قصده التبرر في صورتي اليمين ولعدم تعين من يخاصمه في الثالثة .

(بخلاف) قوله في غير يمين داري صدقة على فلان (المعين) بضم الميم وفتح العين والياء مثقلة وأبى من تنفيذها فيقضى عليه به لتبرره وتعيين مستحقها، فيها من قال داري صدقة على المساكين او على رجل بعينه في يمين فحنث فلا يقضى عليه بشيء ، وإن قاله في غير يمين وبتله لله تعالى أجبره السلطان إن كان لرجل بعينه . عياض على هذا اختصرها أكثر المختصرين وهو مذهب أشهب أنه لا يقضى به إلا إذا كان لرجل بعينه (وفي) القضاء بتنفيذ صدقة (على مسجد معين) وعدمه (قولان) سئل ابن زرب عمن تصدق أو وهب لمسجد بعينه هل يجبر على إخراجها وإنفاذها فقال يجبر كمتصدق على رجل بعينه . وقال أحمد بن عبد الملك يؤمر ولا يجبر يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد ، وإنما هو لجماعة الناس فهي كصدقة على غير معين ، وقال غيرهما لا أدري وتوقف (وقضي) بضم فكسر (بين) شخص (مسلم و) شخص (ذمي) بكسر الذال المعجمة والميم مثقله منسوب للذمة ، أي العهد بالتزام أحكام الإسلام (فيها) أي هبة الثواب من أحدهما للآخر (بحكمنا) معشر المسلمين .

فيها يقضى بين المسلم والذمي في الهبات بحكم المسلمين وإن كانا ذميين فامتنع الواهب من دفع الهبة فلا أعرض لهما ، وليس هذا من التظالم الذي أمنعهم منه لأن كل أمر يكون بين مسلم وذمي ، فإنما يحكم فيه بحكم الإسلام . عياض بعض شيوخنا معناه إن لم يترافعا الينا ولو ترافعا الينا لحكمت بينهما بحكم الاسلام. وقيل بل معناه وإن ترافعا الينا فلا نحكم بينهم، لأن هباتهم ليست من التظالم وهو ظاهر لفظه هنا لقوله ليست بمنزلة أخذ ماله . تت هذه إحدى المسائل الخمس التي لا يحكم بينهم فيها والنكاح والطلاق والعتق والزنا . وفيها كلها خلاف معروف في محله . طفي عدم الحكم والاختلاف فيها عند الترافع. عياض وقد

اختلف في الحكم بينهم إذا ترافعوا الينا في العتق والطلاق والنكاح والزنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(خاتمة في العدة)

ابن عرفة العدة إخبار عن إنشاء الخبر معروفاً في المستقبل ، فيدخل الوعد بالحمالة وغيرها والوفاء بها مطلوب اتفاقاً . ابن رشد في لزوم القضاء بها مطلقاً وإن كانت على سبب ولو لم يدخل بسببها في السبب أو بشرط دخوله بسببها فيه ، رابعها لا يقضى بها مطلقاً لعمر بن عبد العزيز وأصبغ مع مالك وابن القاسم في هذا السماع ولسماع القرينين ، وصوب ابن الحاج في نوازله . ثانيها فعلى قول ابن القاسم قوله لمدين أنا أقضي عنك دينك لا يلزمه ، وقوله لرب الدين أقضيك الدين الذي لك يلزمه لإدخاله إياه في التوثق ، وفي نكاحها الأول مما هو حمل لا حمالة ، قوله بع فلاناً فرسك وثمنه علي ، فإن هلك الأول فذلك في ماله ، فإن لم يدع شيئاً فلا شيء على المبتاع ، وكذا من وهب لرجل مالا فقال لرجل قبل دفعه له بع فرسك لفلان بالذي وهبته له وأنا ضامن لك حتى أدفع لك فقبض الفرس فالثمن على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب ولا مال له فلا رجوع للبائع على الموهوب له بشيء .

عبد الحق لم يبين إن مات الواهب عديماً قبل قبض المبتاع الفرس هل له قبضه دون غرم ثمنه أم لا، وفيه قولان لغير الشيخ ، وله ثم قال وسمع القرينان من قال لبيعه بعد البيع بع ولا نقص عليك قولا عازماً بيناً لزمه ، ويصدق المبتاع فيما يدعي من نقص إن أشبه . ابن رشد لأن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يقضى به عليه ما لم يمت أو يفلس ، وقوله ذلك قبل انتقادم كقوله بعده إلا أن يقول له أنقدني وبع ولا نقص عليك فلا يجوز ، لأنه بيع وسلف . وفي سماع عيسى لأنه يكون فيه عيوب وخصومات ، فإن باع بنقص لزمه إن يرد له إن كان انتقد ، وإن كان لم يغبن في البيع غبناً بيناً وباع بالقرب ، فإن أخرت حتى حالت الأسواق فلا شيء له ، لأنه فرط يقبل قوله بيمينه في النقص فيما يشبه ، لأنه ائتمنه .

وفي سماع عيسى إن كان عبداً فأبق أو مات فقال أصبغ فيه اختلاف ، والذي أقوله إنه موضوع عن المشتري ولا يقبل قوله في الثوب إلا ببينة أنه ذهب وإن كانت أمة فلا يحل للمشتري وطؤها إن قبل الشرط . ابن القاسم فإن وطئها لزمته بجميع الثمن ، لأنه بوطئه ترك ما جعل له . ابن رشد له إنه موضوع عنه هو قول ابن القاسم ، وفي السماع المذكور لو باع منه على أن لا نقص عليه فقال الإمام مالك «رض» ليس بيعاً ، فإن باع فله إجارته . ابن رشد البيع على هذا لا يجوز اتفاقاً ، وفي كونه إجارة فاسدة أو بيعاً فاسداً قولان في هذا السماع مع الموطأ وفي غيرهما ، والقولان لابن القاسم في الواضحة وفي السماع فعلى الأول الضمان من البائع ولا فوت للمبيع ولو بعيب مفسد، وللمبتاع أجر مثله فلو فوتها بعطية أو عتق أو حمل ، ففي مضيه بالقيمة يوم الإعطاء والإعتاق والإحبال لرعي القول بأنه بيع فاسد أو بالثمن ، لأن ذلك رضاً منه في قولا مالك وابن القاسم في هذا السماع ، وعلى الثاني فعليه القيمة يوم القبض كبيع فاسد اتفاقاً .

وسمع أصبغ أشهب من أجاب من ابتاع منه كرماً فخاف الوضيعة بقوله بع وأنا أرضيك إن باعه برأس ماله فأكثر فلا شيء له وأنا فعليه أن يرضيه ، فان زعم أنه أراد شيئاً سماه فهو ما أراد ، وإن لم يرد شيئاً أرضاه بما شاء ، وحلف ما أراد أكثر منه يوم قال ذلك . وقال ابن وهب عليه أن يرضيه بما يشبه تلك السلعة والوضيعة . فيها أصبغ هذا أحب إلي . ابن رشد قول أشهب إن زعم أنه أراد شيئاً سماه فهو ما أراد يريد مع يمينه ، ومعناه أنه لم يسم شيئاً يسيراً لا يشبه أن يكون إرضاءه ، وعلى قول ابن وهب إن قال لم يرض بما يقول الناس أنه إرضاء فلا يصدق ، ولو حلف ليرضينه فلا يبر إلا بما يقوله الناس وبما يرضيه اهـ . قلت هذا على تقديم ظاهر اللفظ على العرف في الإيمان ، والمشهور خلافه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ باب ﴾

اللقَطَةُ : مَالٌ مَعْصُومٌ : عَرَضَ لِلضَّيَاعِ ؛

(بـــاب)

في اللقطة والضالة والآبق واللقيط وأحكامها وما يتعلق بها

(اللقطة) بضم اللام وفتح القاف في أشهر لغاتها الأربع . ابن عبد السلام وهو خلاف القياس، لأن فعلة بضم ففتح وضع لمن كثر فعله كهمزة ، والثانية بضم اللام وسكون القاف وجعل الزبيدي ساكن القاف إسماً للشيء الملتقط ومفتوحها للشخص الملتقط ، ظـاهره وإن لم يكثر التقاطه ، وحكى ابن الأثير القولين ، وصحح الأول والثالثة لقاطـــة بضم اللام والرابعة لقط بلا هاء أي معناها شرعاً (مال) جنس شمل اللقطة وغيرها ، وخرج عنه اللقيط لأنه آدمي صغير حر كما يأتي (معصوم) أي محترم فصل مخرج الركاز ومـال الحربي (عرض) بفتحات وإعجام الضاد ، أي تهيأ واستعد وصار معرضاً (الضيـــاع) بتلفه أو أخذه خائن أو سبع ، فصل مخرج ما في حرزه وضالة الابل . ابن شاس اللقطة مال معصوم معرض الضياع .

ابن عرفة اللقطة مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقـــاً ولا نعماً ، فيخرج الركاز وما بأرض الحرب ، وتدخل الدجاجة وحمام الدور ونحو ذلك لا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت اليه قاله ابن عـــات عن الشعباني ، والأظهر إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت اليه لنجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها من ماء البحر ، فهي كما قال ابن شعبان وإلا فهي لرب السفينة كقولها فيمن طرد صيداً حتى دخـــل دار غيره ، فإن اضطره اليها فهو له ، وإلا فهو لرب الدار إن بعد عنه فقوله مال جنس شمل اللقطة وغيرها، وخرج عنه اللقيط لأنه صغير آدمي حر ، وقوله بغير حرز يخرج المسروق، وقوله محترماً يخرج مال الحربي والركاز ، وقوله ليس حيواناً ناطقاً يخرج الرقيق لأنـــه

وَإنْ كَلْباً وفَرَساً وحِمَاراً ، وَرُدَّ بِمَعْرِفَةِ مَشْدُودٍ فِيهِ وَبِــهِ وعَدَدِهِ بِلاَ يَمِينٍ ، وقُضِيَ لَهُ عَلَى ذِي ٱلْعَدَدِ وٱلْوَزْنِ ،

آبق لا لقطة ، وقوله ولا نعماً مخرج الإبل والبقر والغنم ، إذ هي ضالة لا لقطة .

ابن عرفة والضالة نعمٌ وجد بغير حرز محترماً ، والآبق حيوان ناطق وجد كذلك ، ومقتضى كلام ابن شاس وابن الحاجب كون الجميع لقطة خلاف ظاهرها مع غيرها والأحاديث الآمرة بحفظ عفاص اللقطة ووكائها . الحط حده اللقطة غير مانع لدخول الثمر المعلق فيه ، وليس لقطة فالأحسن قولهم عرض الضياع .

البناني وغير جـامع لعدم شموله الرقيق الصغير وهو لقطة كما صرح به ابن عرفة في تعريف اللقيط إن كان المـال المعرض للضياع ليس كلباً ولا فرساً ولا حماراً بل (وإن كلباً) مأذوناً فيه لحراسة أو صيد ، لأنه مبالغة في المـال المعصوم . ابن شاس من وجد كلباً التقطه إن كان بمكـان يخاف عليه فيه . ابن عرفة وفيه نظر لقولها من سرق كلباً صائداً فلا يقطع إلا أن يراعى درء أحد بالشبهة (وفرساً وحماراً) اللخمي البقر والخيل وسائر الدواب التي لا يخاف عليها من سبع ولا غيره لا تؤخذ وإلا فتؤخذ وتعرف عاماً .

(ورد) بضم الراء وشد الدال المال الملتقط لمدعى أنه له (بمعرفة) عفاص (مشدود فيه) المـال من كيس أو منديل أو خرقة ونحوها (و) معرفة وكاء مشدود (به) من نحو خيط هذا هو المعروف في اللغة ، وبه فسر ابن القـاسم العفاص والوكاء ، وحكى عليه الإجمـاع في الاستذكار ، وحكى الباجي عن أشهب عكسه (و) بمعرفة (عدده) أي المال فيرد لمن عرف الثلاثة (بلا يمين)منه أنه له . فيها من التقط لقطة فأتى من وصف عفاصها ووكاءها وعدتها لزمه دفعها إليه وإن أبى فيجبره السلطان عليه . أبو عمر أجمعوا أن العفـاص الخرقة المربوط فيها وهو لغة ما يسد به فم القارورة والوكاء الخيط الذي يربط به . الباجي هل تلزمه يمين إذا وصف العفاص والوكاء والعدد المشهور أن لا يمين عليه .

(وقضى) بضم فكسر (له) أي من عرف الثلاثة بردهـا له فيقدم (على ذي) أي عارف (العدد والوزن) وادعاها كل منهما لنفسه . أصبغ لو عرف واحد العفاص والوكاء

ووصف آخر عدد الدنانير ووزنهـــا كانت لمن عرف العفاص والوكاء ، وكذلك لو عرف العفاص وحده سمع أشهب سئل عن رجلين ادعيا اللقطة فوصف أحدهما عفاصها ووكاءها ووصف الآخر عددها ووزنها فقال هي للذي عرف العفاص والوكاء . ابن رشد يريد مع يمينه ولا اختلاف في هذا ، وإنما الاختلاف إذا جاء وحده فقيل إنها تدفع له بالصفة دون يمين ، وهو ظـــاهر مذهب ابن القاسم في المدونة ، وقيل لا تدفع له إلا بيمين وهو قول أشهب اهـ من البيان ، وفي المقدمـــات قول مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم أنها تدفع لواصفهـــا إن عرف عفاصها وإن لم تكن له بينة عليها ، وقد اختلف أصحابه هل تدفع له بيمين أو بغير يمين ، و ظـــاهر مذهب ابن القاسم في المدونة أنها تدفع له بغير يمين .

(وإن) ادعى اللقطة رجل ووصفهـــا وصفاً يستحقها به وادعى آخر و (وصف) اللقطة شخص (ثـــان وصف) شخص (أول) أي بعينه (لم يبن) بفتح الياء وكسر الموحدة ، أي لم ينفصل الأول (بهـــا) أي باللقطة عن مجلس وصفها بأن وصفها الثاني وصف الأول قبل انفصال الأول بها واشتهار أمرها (حلفا) أي الواصفان ، أي يحلف كل أنهـــا ليست للآخر وانها له (وقسمت) بضم فكسر ، أي اللقطة (بينهما) أي الواصفين بالسوية إن حلفـــا أو نكلا ، و إن حلف أحدهما ونكل الآخر اختص الحالف بها . وقـــال أشهب لا تدفع لهما إن نكلا ، فإن أتى الثاني بعد أن بان بها الأول وظهر أمرها فلا يقبل وصف الثاني وتدفع للأول .

فيها إن دفعها لمن عرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول وأقام بينة أن تلك اللقطة كانت له فلا يضمنها ، لأنه دفعها بأمر يجوز له الدفع به . اللخمي وإن ادعاهـــا رجلان واتفقت صفتها اقتسماها بعد إيمانهما ، فإن أخذها أحدهما بالصفة ثم أتى الآخر فوصف مثل الأول قبل أن يبين بهـــا ويظهر أمرها قسمت بينهما ، وإن ظهر أمرها فلا يقبل قول الثاني .

وشبه في حلفها وقسمها بينهما فقال (ك) إقامتهما (بينتين) متكافئتين في العدالة

كَبَيِّنَتَيْنِ لَمْ تُؤَرَّخا ، وَالاَّ فَلِلأَقْدَمِ ،

متعارضتين في الشهادة بأن شهدت إحداهما أنها لهذا والأخرى أنها للآخر (لم تؤرخا) أي البينتان فيحلفـــان وتقسم بينهما (وإلا) أي وإن أرختا (ف) اللقطة لمقيم البينة (الأقدم) تاريخـــاً . اللخمي إن أقام الثاني بينة انتزعت من الأول إلا أن يقيم بينة فيقضى بأعدلها ، وإن تكافأتا بقيت للأول بالصفة . ابن عرفة في النوادر لأشهب زاد هذا إن لم تؤرخ البينتان وإن أرختا كانت لأولها ملكاً بالتاريخ ، ونص التوضيح أشهب إن دفعهـــا للأول ببينة ثم أقام الثاني بينة أيضاً فهي لأولها ملكاً بالتاريخ ، فإن لم يكن تاريخ فهي لأعد لهـــما ، فإن تكافأتا كانت لمن هي بيده وهو الأول بعد يمينه أنها له ولا يعلمها للآخر ، فإن نكل حلف الثاني وأخذها ، فإن نكل فهي للأول بلا يمين .

ابن يونس يحتمل على أصل ابن القاسم أن تقسم بينهما وإن حازها الأول لأنه مال عرف أصله كقوله فيمن ورث رجلاً بولاء ادعاه وأقـــام عليه بينة وأقام آخر بينة أنه مولاه وتكافأتا فالمال يقسم بينهما ، لأنه مال عرف أصله. وقال غيره هو لمن هو بيده وهو نحو قول أشهب هنا اه ، وتعقب الشـــارح كلام المصنف بهذا النقل بعد تقريره على ظاهره قائلاً لعل هذا اختيار منه لأنه أخذ طرفاً من قول ابن القاسم وطرفاً من قول أشهب ، وتبعه البساطي وتت ، ورده الفيشي وطفي بأن المصنف مشى على قول ابن القاسم أولاً وآخراً ، لأنه لم يخـــالف أشهب في الترجيح بالأعدلية أو تقدم التاريخ ، ولم ينفرد أشهب إلا ببقائها عند من هي بيده إذا تكافأتا ، والمصنف خالف فيه ومشى على قول ابن القاسم على ما عزاه ابن يونس له ، وبه تعلم قصور نقل « ق » والله أعلم اه .

بنـــاني ونص طفي عقب ما تقدم عن التوضيح فانظر هذا مع كلامه هنا اه كلام الشارح ، وتبعه البساطي فقال الله أعلم بصحته ، وحكى ما تقدم عن أشهب ، ثم قال وظاهر كلامهم أن ابن القاسم ليس له فيها نص ، ثم حكى ما تقدم عن ابن يونس ، ثم قال وعليك بمد هذا السعي في تصحيح كلامه ، وما ذكره الشارح هو كذلك في التوضيح وابن عرفة وسلم ، تت تعقب الشارحين وقد لا يسلم لأن الترجيح بالأعدلية والتاريخ الذي

وَلَا ضَمانَ عَلَى دَافِعٍ بِوَصْفٍ ، وَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لِغَيْرِهِ ،
وَاسْتُؤْنِيَ بِالْوَاحِدَةِ إِنْ جَهِلَ غَيْرَهَا لَا غَلِطَ عَلَى الْأَظْهَرِ ،

نقله عن أشهب لم يخالف فيه ابن القاسم كما هو معلوم مما يأتي في بابه ، ولم ينفرد أشهب إلا ببقائها عند من هي بيده عند تكافئهما ، ولم يرد عن ابن القاسم شيء في ذلك ، ويدل لهذا كلام ابن يونس ، فإنه لما ذكر الترجيح بالتاريخ أو الأعدلية عن أشهب سكت ثم ذكر أنها تبقى بيده عند تكافئهما ، قال يحتمل على قول ابن القاسم أن تقسم الخ ، فدل على أن ما قبله قاله ابن القاسم فالمصنف درج على قول ابن القاسم على ما حمله عليه ، ابن يونس فقول الشارح لعل هذا اختيار منه فيه نظر .

(ولا ضمان على) ملتقط (دافع) اللقطة لمن ادعى أنها له ووصفها (بوصف) يسوغ دفعها له بأن عرف عفاصها أو وكاءها ثم أتى آخر ووصفها مثل الأول أو أتم منه ولم تقم له بينة ، بل (وإن قامت بينة لغيره) أي المدفوع له الأول ، فيها إن دفعها لمن عرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم جاء آخر فوصفها مثل وصفها الأول أو أقام بينة أن اللقطة له فلا يضمنها دافعها لأنه دفعها بأمر يجوز له دفعها به ، وإذا لم يضمن دافعها بوصف فأولى دافعها ببينة ثم ادعاها آخر ووصفها أو أقام بينة أنها له .

(و) إن ادعى اللقطة شخص ووصف عفاصها وقال لم أعرف وكاءها أو بالعكس (استونى) بضم الفوقية وكسر النون أي لا يستعجل في دفعها له (بـ) الصفة (الواحدة) من العفاص والوكاء لا من غيرهما ، هذا فرض المسألة في السماع ، وكلام ابن رشد نبه عليه ابن عاشر وغيره ، عسى أن يأتي غيره بأزيد منه ، فإن لم يأت غيره فتدفع له (إن جهل) مدعيها (غيرها) أي الصفة التي عرفها ، أي قال لم أعرفها (لا) إن (غلط) في غيرها بأن وصفه بغير ما هو به فقيل له ليس كذلك ، فقال غلطت فلا تدفع له (على الأظهر) عند ابن رشد من الخلاف .

أصبغ لو عرف العفاص وحده وادعى جهل ما سواه فليستبرأ ذلك ، فإن لم يأت أحد أعطيها . ابن رشد إذا وصف العفاص أو الوكاء وجهل الآخر أو غلط فيه ففي ذلك

ثلاثة أقوال أعدلها عندي. ثالثها وهو إن ادعى الجهل استبرىء أمره وإن ادعى الغلط فلا شيء له ، وتعقب البساطي كلام المصنف بأمرين الأول أن ابن رشد فرض المسألة في العفاص والوكاء ، وأطلق المصنف ، والثاني قوله لا إن غلط معناه لا يستوني ، وهذا صادق بأنها لا تدفع له ، وبتعجيل دفعها له والمراد الأول . ويجاب عن الأول بحمل أل في الواحدة للعهد الذكرى ، أي من المشدود فيه والمشدود به ، وعن الثاني بأن القرينة على إرادة عدم دفعها مطلقاً . قوله على الأظهر ، فإنه الذي استظهره ابن رشد .

(ولم) الأولى لا (يضر جهله) أي مدعي اللقطة (بقدره) أي المال الملتقط إذا عرف عفاصه ووكاءه أو أحدهما وجهل الآخر ولم يأت غيره مع الاستيناء ، ابن رشد أما جهله بالعدد فلا يضره إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره ، واختلف في غلطه بالنقصان (ووجب أخذه) أي المال الذي وجد في غير حرزه وخيف ضياعه إن ترك في محله (لخوف) أخذ شخص (خائن) فيه بتملكه لأن حفظ مال الغير واجب . ابن عرفة في حكم أخذ اللقطة اضطراب .

ابن رشد يلزم أن يؤخذ اللقيط ولا يترك لأنه إن ترك ضاع وهلك لا خلاف بين أهل العلم في هذا ، وإنما اختلفوا في لقطة المال على ثلاثة أقوال ، وهذا الإختلاف إنما هو إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عدل لا يخشى أن يأخذها إن علمها بعد تعريفه إياها وأما إن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام عدل فأخذها واجب قولاً واحداً ولو كانت بين قوم مأمونين ، والإمام غير عدل ، لكان الاختيار أن لا يأخذها قولاً واحداً ، ولو كانت بين قوم مأمونين والإمام عدل لكان مخيراً بين أخذها وتركها وذلك بحسب ما يغلب عليه ظنه من أكثر الخوفين ، وهذا الإختلاف فيما عدا لقطة الحاج ، لنهي النبي ﷺ عنها مخافة أن لا يجدر بها لتفرق الحجاج إلى بلدانهم ، فإن التقطها وجب في تعريفها ما يجب فيما سواها .

اللخمي إن كانت بين ناس غير مأمونين وجب حفظها ، لأن حفظ أموال الناس وأن

لا تضييع واجب ، ويجب أخذه لخوف خائن إن علم واجده أمـــانة نفسه (لا إن علم) واجده (خيانته) أي واجد المال (هو) تأكيد للهاء بتملكه وعدم تعريفه (فيحرم) عليه أخذه ، واستظهر ابن عبد السلام وجوب أخذها وترك الخيانة ، ولا يكون علمــه خيانة نفسه عذراً مسقطاً عنه ما وجب عليــه من حفظ مال الغير ، واستحسنه الحط ، ونصه والأظهر مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط ، ولا يعد علمه خيانة نفسه مانعاً ، وأحرى خوفه ذلك لأنه يجب عليه ترك الخيانة وحفظ المال المعصوم ، وقصارى الأمر أن من علم أمانة نفسه توجه عليه وجوب الحفظ وحده ، ومن علم خيانة نفسه أو شك فيهـا يجب عليه أمران الحفظ وترك الخيانة وبعد تسليم هذا ، فأظهر الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب لو قيل به لوجوب إعانة المسلم عند الحاجة والقدرة عليها اهـ . الحط كلامـه رحمه الله تعالى حسن (وإلا) أي وإن لم يخف عليها من خائن وعلم أمانة نفسه (كره) بضم فكسر أخذه (على الأحسن) عند غير الأربعة وهو قول الإمـــام مالك رضي الله تعالى عنه ، وكذا خوفه الخائن مع شكه في أمانة نفسه .

طفي عبارة المصنف رحمه الله تعالى قاصرة عن تحرير المسألة ، ومـا أحسن قول ابن الحاجب تابعاً لابن شاس والإلتقاط حرام على من علم خيانة نفسه ، ومكروه للخائف ، وفي المأمون الاستحباب والكراهة والاستحباب فيما له بال والوجوب إن خاف عليها الخونة . خليل الأقسام ثلاثة ، الأول أن يعلم من نفسه الخيانة فيحرم التقاطها . الثاني أن يخـاف ولا يتحقق ذلك فيكره . الثالث أن يثق بأمانة نفسه ، وهذا ينقسم قسمين إمـــا أن يخاف عليها الخونة أم لا ، فإن خاف وجب عليه الالتقاط ، وإن لم يخف فالثلاثة الأقوال وكلها للامام مالك رضي الله تعالى عنه ، ونحوه لابن عبـد السلام ، وأصله كله للخمي وابن رشد ، فيتحصل من كلامهم أن وجوب التقاطها لخوف خائن للمأمون وحرمتـه على من علم الخيانة من نفسه مطلقاً خاف عليها الخونة أم لا ، فقوله ووجب أخـذه لخوف خائن أي مع ثقته بأمانة نفسه بدليل ما بعده ، وقوله وإلا كره النفي بلا منصب على المسألتين ، أي وإن لم يخف الخونة ولا علمها من نفسه كره ونفي علمهـا يصدق بالخوف

من نفسه وثقته بها وقد علمت أن الأول اقتصر فيه ابن شاس وابن الحاجب على الكراهة وكذا المصنف في توضيحه كابن عبد السلام ، وفي الثاني هي أحد الأقوال الثلاثة المتقدمة ، وتقرير تت بعزوه للامام مالك رضي الله تعالى عنه واستحسان بعضهم هو في الثاني فقط كما فعل الشارح ، ففي كلام المصنف إجمال ، لأن الاستحسان في بعض ما صدق عليه كلامه غير مبين ، ثم قال ولا بد من تقييد الوجوب بعدالة الإمام والمبالة فيها تفصيل تركناه خوف الطول .

(و) وجب (تعريفه) أي المال الملتقط (سنة) فوراً من حين أخذه ، فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من التقط دنانير أو دراهم أو حلياً مصوغاً أو عروضاً أو شيئاً من متاع أهل الاسلام فليعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها أخذها وإلا فلا آمره بأكلها كثرت أو قلت درهم فصاعداً إلا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها ويخير صاحبها إن جاء في أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل ابن القاسم ، وأكره ان يتصدق بها قبل السنة إلا الشيء التافه اليسير . أبو الحسن الكراهة هنا على المنع ، لأن الشارع لم يأذن له. اللخمي إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفهافتلفت ضمن . ابن عبد السلام والمصنف ينبغي أن لا يقيد بالسنة .

ويجب التعريف سنة إن كان المال كثيراً ، بل (ولو) كان (كدلو) ومخلاة فلا فرق في وجوب التعريف سنة بين الكثير واليسير على ظاهر رواية ابن القاسم في المدونة.وأشار بولو إلى رواية غيره أن اليسير يعرف أياماً بمظان طلبه. فيها سمع ابن القاسم في لقطة مثل الدلو والحبل والمخلاة ، وشبه ذلك إن وجد بطريق وضع بأقرب موضع اليه وإن كان بمدينة انتفع به وعرفه به والصدقة به أحب إلي . ابن رشد القسم الأول من أقسام اللقطة هو ما يخشى عليه التلف إن ترك ، ويبقى في يد ملتقطه إن التقطه ، فإن كان يسيراً جداً لا بال له ولا قدر لقيمته ، ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فإن هذا لا يعرف وهو لواجده إن شاء أكله ، وإن شاء تصدق به ، أصله ما روي أنه ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال لولا أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفاً .

لاَ تَافِهاً ، بِمَظَانِّ طَلَبِهَا : بِكَبَابِ مَسْجِدٍ ، فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَو ثَلاثَةٍ بِنَفْسِهِ أَو بِمَنْ يَثِقُ بِـــهِ

وقد قال أشهب في الذي يجد السوط والعصا أنه يعرفه ، فإن لم يفعـل فأرجو أن يكون خفيفاً وإن كان يسيراً إلا أن له قدراً ومنفعة ، وقد يشح به صاحبه ويطلبه، فهذا لا خلاف في وجوب تعريفه . وظاهر ما حكى ابن القاسم عن الإمـــام مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة أنه يعرف سنة . وقال ابن وهب إنما يعرفـــه أياماً وهو قول ابن القاسم .

(لا) يجب أن يعرف مالاً (تافهاً) لا تلتفت النفوس اليه كفلس وتمرة و كسرة وهو لواجده إن شاء أكله وإن شاء تصدق به ويكون التعريف (بمظان) بفتح الميم وإعجـام الظاء وشد النون ، أي المواضع التي يظن أن صاحب اللقطة يطلبها بها (بكباب مسجد) فيها يعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد . ابن القاسم يعرف حيث يعلم أن صاحبها هناك أو خبره ولا يحتاج فيه إلى أمر الإمام . ابن يونس لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والإعانة عليه وهذا منه سمع القرينان أيعرف اللقطة في المسجد ، فقـــال ما أحب رفع الصوت في المساجد ، وإنما أمر عمر رضي الله تعـالى عنه أن تعرف على باب المسجد ولو مشى هذا الذي وجدها إلى الحلق في المسجد يخبرهم بها ولا يرفع صوته لم أر به بأساً . وفي التمهيد التعريف عند جمـــاعة الفقهاء فيما علمت لا يكون إلا في الأسواق وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس .

ويعرفه (في كل يومين أو ثلاثة) من الأيام مرة ، روى ابن نافع عن الإمام مـــالك رضي الله تعالى عنه ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحداً ولا يسميها بعينها ويعمـى بها لئلا يأتي متحيل فيصفها بصفة المعرف فيأخذها وليست له ، وليعرفهـــا بين اليومين والثلاثة ولا يجب عليه أن يدع صنعته ويعرفها . ابن عبد السلام ينبغي أن يكون أكثر من ذلك في أول التعريف ويعرفه (بنفسه) أي واجـــد المال (أو بمن) أي شخص أو الشخص الذي (يثق) بفتح التحتية وكسر المثلثة فقاف ، أي يطمئن (به) قلبه ويعتقد

أو بِأُجرَةٍ مِنْها ، إنْ لَمْ يُعرَفْ مِثْلُهُ وبِالْبَلَدَيْنِ إنْ وُجِدَتْ بَيْنَهُما ولَا يُذْكَرُ جِنْسُها عَلَى ٱلْمُخْتارِ ، ودُفِعَتْ لِحَبْرٍ ، إنْ وُجِدَتْ بِقَرْيَةِ ذِمَّةٍ ،

أمانته وصدقه بغير أجرة (أو) بمن يثق به (بأجرة) لمعرفها (منها) أي اللقطة (إن لم يعرف) بضم ففتح فكسر مثقلا اللقطة (مثله) أي الملتقط لازرائه به ، فإن كان مثله يعرفها فلا يستأجر على تعريفها إلا من مال نفسه لأنه بالتقاطه كأنه التزم التعريف بنفسه.

اللخمي هو مخير بين أربع تعريفها بنفسه ورفعها الى السلطان ان كان عــدلاً ولا يتشاغل عن تعريفها وبمؤتمن يقوم مقامه فيه واستئجار من يعرفها . واجاز ابن شعبان أن يستأجر منها عليه ، يريد إذا لم يلتزم تعريفها وكان مثله لا يلي مثل ذلك . ابن القاسم إذا دفع الملتقط اللقطة لمن يعرفها فضاعت فلا شيء على الملتقط ، وقاله ابن نافع عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . ابن كنانة وكذلك لو دفعها اليه ليعمل ما شاء .

(و) تعرف (بالبلدين إن وجدت بينهما) أي البلدين . اللخمي إن وجدت بطريق بين مدينتين عرفها فيهما ، وكذا القريتان والمدينة والقرية (ولا يذكر) المعرف (جنسها) أي اللقطة (على المختار) للخمي من قول الامام مالك رضي الله تعالى عنه . اللخمي اختلف عن الامام مالك رضي الله تعالى عنه هل يسمى جنس اللقطة إذا انشدها . وان لا يسمى أحسن (ودفعت) بضم فكسر اللقطة (لحبر) بفتح الحــاء المهملة وكسرها وسكون الموحدة ، أي عالم ذمي (ان وجدت) بضم فكسر اللقطة (بقرية) بفتح القاف كفار أهل (ذمة) روى ابن القاسم في اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة تدفع الى أحبارهم ، وبحث فيه ابن رشد بامكان كونها لمسلم ، فالاحتياط تعريفها أولاً سنة ، ثم تدفع لحبرهم لغلبة الظن أنها لهم ، فإن جاء صاحبها غرموها له وتدفع لأحبارهم ابتداء إن تحقق أنها لأهل الذمة يقيناً لا شك فيه ، وإن قالوا أن من دينهم كون لقطة أهل ملتهم لهم . وأما إذا لم يتحقق ذلك فالقياس أن لا تدفع لأحبــارهم ، وتوقف أبداً والله تعالى التوفيق .

وَلَهُ حَبْسُهَا بَعْدَهُ أَوِ التَّصَدُّقُ أَوِ التَّمَلُّكُ وَلَوْ بِمَكَّةَ

(وله) أي الملتقط بعد السنة (حبسها) أي إبقاء اللقطة عنده وديعــة لربها (أو التصدق) بها عن ربها ، وأما التصدق بها عن نفسه فهو داخل في التملك (أو التملك) لها أي اقتراضها لنفسه والتصرف فيها ، فإن جاء صاحبها دفعها له في الأول وغرم لـــه عوضها في الأخيرين . الجلاب إن مضت السنة ولم يأت طالبها فهو مخير إن شاء انفقها أو تصدق بها وضمنها أو حبسها ليأتي ربها ، اللخمي ثبت في الحديث عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها . وفي الصحيح فإن لم تعرف فاستنفقها ، وفي النسائي فإن لم يأت صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء ، فتضمنت هذه الأحاديث أن الحكم فيها بعد الحول خلافه قبله ، وله أن يتصرف فيها لنفسه والذي يقتضيه قول ابن القاسم في المدونة أن له أن ينتفع بها غنياً كان أو فقيراً ، وهذا مذهب الجمهور أيضاً . وفي التمهيد أجمعوا على أن الفقير أن يأكلها بعد الحول ، وعليه الضمان .

واختلفوا في الغني ، فقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أحب إلي أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها . ابن وهب قلت لمالك رضي الله تعالى عنه ما شأنه بها قال إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها ، وإن شاء استنفقها ، وإن جاء صاحبها أداها اليه . وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه يأكل اللقطة الغني والفقير بعد الحول ، هذا تحصيل مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

وقوله يجوز التصدق بها وتملكها بعد السنة إن التقطها بغير مكة ، بـــل (ولو) التقطها (بمكة) حكاه ابن القصار عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

المازري حكم لقطة مكة حكم لقطة سائر البلاد، وأشار بولو إلى خلاف بعض المتأخرين بأن لقطتها لا تملك لخبر لا تحل ساقطتها إلا لمنشد ، ابن عرفة الباجي هذا حكم اللقطة إلا بمكة إذا لقطتها لا تستباح بعد تعريفها سنة ، وعلى ملتقطها تعريفها أبداً لقوله ﷺ لاتحل ساقطتها إلا لمنشد. ابن زرقون كذا قال اللخمي، وتبعهما ابن رشد . ولابن القصار عن مالك «رض» لقطة مكة كغيرها ، وإنما جاء الحديث لا تحل لقطتها إلا لمنشد تأكيداً للاعلام لسنة اللقطة لكثرتها بمكة .

المازري حكم لقطة مكة لقطة سائر البلاد ، ومحمـــل الحديث عندنا على المبالغة في التعريف لرجوع ربها لبلده وعدم عوده إلا بعد أعوام . ابن عرفة هذا حجة على المذهب لاله . عياض قول مالك وأصحابه أن لقطة مكة كغيرها . اللخمي ابن القصار حكم اللقطة في الحرم وغيره سواء . وقال أبو حنيفة والشافعي «رض» لقطة مكة لا تحـــل إلا لمن يعرفها وهو أبين للحديث والقياس،فلو كانت كغيرها لم يكن للحديث معنى.وأما القياس فلأن غالب من حج عدم رجوعه لمكة في عامه،بل بعد عشرسنين ، فلا يكون مرور السنة دليلاً على الإياس من ربهـــا . ابن العربي مالك «رض» لقطة مكة كسائر اللقط ، وتكلم علماؤنا في الاحتجاج له والانفصال عن الحديث ، ولم أر مخالفـة الحديث ولا تأويل ما لا يقبله .

قلت والإنفصال عن الحديث على قاعدة الإمام مالك «رض» من تقديمـه العمل عليه واضح ، ويقال جاء الحديث لدفـع توهم الإستغناء عن التعريف بمكة لغلبة تفرق الحجاج مشرقين ومغربين ومد المطايا أعناقها فلا فائدة في التعريف، فذكر النبي ﷺ أن التعريف فيها كغيرها لاحتمال بقاء صاحبها بمكة أو توكيله مقيماً بها عليها حال كون الملتقط المتصدق أو المتملك بعد السنة (ضامناً) اللقطة لمستحقها إذا جاء بعد ذلك (فيهما) أي التصدق والتملك . وشبه في الضمان فقال (كنية) الملتقط لـ (أخذها) أي تملك اللقطة (قبل) تما م (ها) أي السنة .

ابن الحاجب هي أمانة ما لم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب ، وفيها إذا ضاعت اللقطة من الملتقط فلا يضمنها . أشهب وابن نافع وعليه اليمين . ابن القاسم إن قال له ربه أخذتها لتذهب بها وقال الملتقط لا أعرفها صدق الملتقط . أشهب بلا يمين قرر الشارح أولاً بما تقدم ودرج عليه في شامله فقال ولو نوى أكله قبـــل العام ضمنه إن تلف ا هـ . الشارح وظاهره أنه يضمن بمجرد النية إذا تلف بعدها ، وفيه نظر ، فإن أبا الحسن قال المشهور أن النية بمجردها لا توجب شيئاً إلا أن يقارنها فعل ، فالظاهر أن ضمير قبلها للقطة ، والمعنى أنه لما وجد اللقطة نوى أخذها لتملكها قبل التقاطها وتبعه البساطي .

الحط ما نقله الشارح عن أبي الحسن لم يقله في هذه المسألة إنما قاله في شرح قول المدونة، ومن التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها لموضعها أو غيره ضمنها ، فإن ردهـــا في موضعها من ساعته كمن مر في إثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به أهذا لك فقال لا فتركه فلا شيء عليه ، وقاله الامام «رض» في واجد كساء بإثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا لا فرده ، قال قــد أحسن في رده ولا يضمنه . أبو الحسن قوله ليعرفها انظر هل تعريفاً عامــاً الذي هو السنة ، أو تعريفاً خاصاً كواجد الكساء ، ثم قال أبو الحسن وهل توجب النية بمجردها شيئاً أو لا ، والمشهور أنها لا توجب شيئاً لقوله ﷺ ما لم تعمل أو تتكلم ، فمن نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع في العمل إما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم أو صلاة فهـــذا يلزم إتمامه بالشروع فيه وإن كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب فما شرع فيــه لزم وما لم يأت ليس فيه إلا مجرد النية فلا يلزمه ، والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتي إلا مجرد النية ا هـ .

وقال البساطي أي وكذلك يضمن إذا نوى لما وجد اللقطة أخذها تملكاً ، وهذه النية قبل أخذها ، فإذا أخذها صار كالغاصب ، فإن قلت حملت اللفظ على ما لا يحتمل ، قلت بل يحتمل ، وغاية ما يورد أني غيرت الأخذ حتى يصح المعنى المنصوص ، وقدرت مضافاً محفوظاً بعد قبل ، أي قبل قبضها لأجل ذلك ، وما حمــــل عليه الشارح أولاً لا يصح معنى ولا نقلاً ا هـ ، فما قاله الشارح هو ظاهر كلام المصنف ، وقــد علمت ما في قوله ، وظاهر الـخ واحتجاجه بكلام أبي الحسن ، وأن ذلك ليس في هـــذه المسألة ، وسيأتي في كلام ابن عرفة أنه يجب في هذه المسألة اتفاقاً فيبقى كلام المصنف على ظاهره والله أعلم .

وأما البساطي فأول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد في المقدمات ، فإنه إنمـــا ذكر الضمان إذا أخذها بنية تملكها . وقال ابن الحاجب وهي أمانة ما لم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب . ابن عبد السلام يعني أن اللقطة بيد ملتقطها على حكم الأمانة بمقتضى حكم الشرع ، وإن كان قبضها بغير إذن مالكها ما لم ينو اغتيالاً وغصباً ، فإن نواه ضمنها

كالغاصب ، وهذا بين إذا كانت هذه النية حين التقطها ، وإن حدثت لـه هذه النية بعد التقاطه جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد اهـ . ابن عرفة يرد بأن القول بلغوا اثر النية إنما هو مع بقاء اليد كما كانت لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية ويد الملتقط السابقة عن نيـــة الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك فصار ذلـك كالفعل فيجب الضمان اتفاقاً ، والأظهر أن ينظر لحال المدعي عليه كالغصب اهـ ، وكذلك هو صريـح عبارة للشامل وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضاً ، فكلام المصنف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل البساطي اهـ ، كلام الحط .

طفي أتى أبو الحسن بما قاله على سبيل العموم فصح استدلال الشارح به هنا، وسقط تورك الحط عليه .

والظاهر ما قاله ابن عبد السلام ورده ابن عرفة تحامل ، وقدصرح بنقيض ما اختاره هنا فقال في قول ابن الحاجب فإن تلفت بعد تملكها أوالتصدق بها فعليه قيمتها يوم ذلك، قبله ابن هرون وابن عبد السلام قائلا هذا صحيح على القول بتأثير النية ، ولم أعرفه نصاً ، وتخريجه على القول بتأثير النية مع بقاء اليد فيه نظر ، لأن ذلك إنما هو في النية المستندة لعقد لأن القول بتأثيرهـــا لم أعرفه إلا لابن بشير ، وإنما ذكره في تخريجه جواز صرف الوديعة [1] ، ومنعه على تأثير النية مع بقـــاء اليد في الحكم ولغوها ، والنية في الوديعة مستندة لعقد ، ولذا عبر المازري عن إجراء الخلاف في صرف الوديعة بقوله بناء علىوقف انتقال ضمانهـــا على قبضها وحصوله بالعقد ، فلم يعلل ضمانها إلا بالعقد لا بالنية والعقد أقوى منها اهـ .

---

(1) (قوله صرف الوديعة) أي يصرفها المودع بالكسر من المودع بالفتح فيغيبتها ، فإن كان ضمانها ينتقـــل إلى مودعها بالفتح بعقد الصرف جاز صرفها منـــه لعدم التأخير ، وإن كان لا ينتقل إليه إلا بقبضها فلا يجوز لتأخره عن العقدفهو صرف مؤخر .

والمراد بالعقد عقد الصرف فظهر ، أن الصواب التقرير الثاني ، ولأن المسألة كذلك مفروضة ففي الجواهر هي مغصوبة في يد من أخذها بقصد الاختزال . البناني بل الظاهر ما لابن عرفة و « ح » ، لأن نية الاغتيال هنا لم تتجرد ، بل قارنها الكف عن التعريف ولا حجة لطفي فيما نقله عن ابن عرفة بعد ، لأن موضوعه في نية تملكها بعد السنة والنية حينئذ مجردة عن تغير وصف وضع اليد ، لأنه بمضي السنة سقط عنه التعريف ، فتمسكه به غفلة واضحة والله أعلم .

(و) كـ (ردها) أي اللقطة لموضعها الذي وجدت به وأولى لغيره (بعد أخذها) أي اللقطة (للحفظ) والتعريف وطول الزمان بدليل ما بعده فتلفت فيضمنها وهذا في أخذها المكروه لا الواجب لضمانها بمجرد تركها ولا الحرام لضمانها بأخذها إن لم يردها لمكانها ، فإن ردها له فلا يضمنها لوجوب ردها حينئذ (إلا) ردها بعد أخذها للحفظ (بقرب) بضم فسكون من وقت أخذها (فـ) في ضمانها إذا تلفت وعدمه (تأويلان) الأول لابن رشد ، والثاني للخمي . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها لموضعها أو لغيره ضمنها ، وأما إن ردها في موضعها مكانه من ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به أهذا لك فقال لا فتركه فلا شيء عليه ، وقاله مالك في واجد الكساء في إثر رفقة فأخذه وصاح به أهذا لكم فقالوا لا فرده ، قال قد أحسن في رده فلا يضمن .

ابو الحسن قوله ليعرفها انظر هل تعريفاً عاماً الذي هو السنة ، او تعريفاً خاصاً كواجد الكساء . عياض اختلف تأويل الشيوخ كلام ابن القاسم فقيل إن الثانية بخلاف الأولى ، وأنه ضمنه في الأولى ، لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها ، والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء في ذلك ، وحكى هذا عبد الوهاب وتأول آخرون ان مذهب ابن القاسم انه لا يضمن إذا ردها بالقرب ، وقد اخذها بنية تعريفها واليه نحا اللخمي ، فحاصله ان قوله من اخذ لقطة المسألة اختلف في تأويله ، فذهب

بعضهم إلى انه إنما ضمنه في الأولى إذا لم يردها بالقرب لقوله فبعد ان حازها وبان بهـا ولم يضمنه في الثانية لأنه ردها بالقرب ، وهذا تأويل اللخمي ، وذهب غيره إلى انـه إنما ضمنه في الأولى لأنه اخذها بنية تعريفها فلزمها حفظها فلا فرق في ذلك بـين القرب والبعد والثانية لم يأخذها بنية التعريف العام ، وهذا تأويل ابن رشد .

الشيخ وهل توجب النية بمجردها شيئاً ام لا ، والمشهور أنهـا لا توجب شيئاً لقوله ﷺ ما لم تعمل او تتكلم ، فمن نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النيـة إلا ان يقارنها قول كالنذر او الشروع في العمل ، ثم هذا العمل إما ان يكون لا يتجزأ كصوم يوم او صلاة فهذا يلزم إتمامه بالشروع فيه ، وإما ان يتجزأ كالجوار وقراءة احزاب ، فما شرع فيه لزم ، وما لم يأت ليس فيه إلا مجرد النية فلا يلزم . والتعريف مما يتجزأ فيما يأتي إلا مجرد النية فانظره اهـ ، فتحصل أن الأقسام ثلاثة إما أن يأخذها بنية تعريفها ، وإمـا بنية اغتيالها ، وإما بنية سؤال معين ثم يردها ،ففي الثالث يفرق بين ردها ببعد فيضمن وبقرب فلا يضمن ، وفي الثاني ردها واجب فلا ضمان به مطلقاً، وفي الأول يضمن ان ردها ببعد، وفي القرب تأويلان والله أعلم .

(وذو) أي صاحب (الرق) أي الشخص المتصف بالرقية قنـاً كان أو ذا شائبة حكمه في التقاط اللقطة وتعريفها سنة وفعله بها ما يشاء بعدها (كذلك) أي الحر (و)إن تملكها أو تصدق بها (قبل) تمام (السنة فـ) هي (في رقبته) فليس لسيده إسقاطهاعنه لأن ربها لم يسلطه عليها ، ويخير بين فدائه بعوضها وإسلامه فيها،وليس لهمنعهمن تعريفها لأنه لا يشغله عن خدمته .

ومفهوم قبل السنة أنها بعدها في ذمته كالحر وهو كذلك . اللخمي إذا التقط الرقيق لقطة عرفها وليس لسيده منعه منه فيها ، فإن استهلكها قبل السنة كانت في رقبته ، وإن استهلكها بعدها فلا تكون إلا في ذمته ، ابن يونس وليس لمولاه إسقاطها عنه لأنصاحبها لم يسلطه عليها ولولا الشبهة لكانت في رقبته . ابن القاسم جعلها بعد السنة في ذمته لقوله ﷺ عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها .

وَلَـــهُ أَكْلُ مَا يَفْسُدُ وَلَوْ بِقَرْيَةٍ وشَاةٍ: بِفَيْفَاءَ: كَبَقَرٍ بِمَحَلِّ خَوْفٍ، وَإِلَّا تُرِكَتْ كَإِبِلٍ، وإِنْ أُخِذَتْ: عُرِّفَتْ،

(وله) أي الملتقط (أكل ما يفسد) بالتأخير كطري لحم وفاكهة إن وجـد بغير قريه، بل (وإن) وجده (بقريه) ولا يضمه على الأصح والتصدق به أولى وأكله أولى من طرحه . فيها للامام مالك «رض» من التقط مـا لا يبقى من الطعام فأحب إلي أن يتصدق به كثر أو قل . ابن القاسم فإن أكله فلا يضمنه (و) له أكل (شاة) وجدهـا (بفيفاء) بفتح الفاءين وسكون التحتية ممدوداً ، أي صحراء لا عمارة بها ولا ماء ولا عشب . ابن رشد ما لا يبقى بيده ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالشاة في الفيفاء والطعام الذي لا يبقى فإن هذا يأكله غنياً أو فقيراً، لقول رسول الله ﷺ في الشاة هي لك أو لأخيك أو للذئب فأوجبها له ملكاً .

واختلف ان وجد هذا الطعام الذي يسرع اليـه الفساد ولا يبقى في الحاضرة وحيث الناس ، وظاهر المدونة لا ضمان عليه فيه أكله أو تصدق به . وفيها للامام مالك «رض» من وجد ضالة الغنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى اليه ، ولا يأكلها وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها، ولا يضمن لربها شيئاً . الحط ترك المصنف شرطاً آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونهـا بعسر حملها ، وأقره في التوضيح . وقال ابن عبد السلام الثاني لم يذكره في المدونة ، وظاهر كلام ابن الحاجب أنـــه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ، ولا يجوز له أكلها .

وشبه في جواز الأكل فقال (كبقر) وجدت (بمحل خوف) عليها من سباع ونحوها وجوع وعطش وعسر سوقها العمران فيجوز لواجدها أكلها ولا يضمنها (وإلا) أي وإن لم تكن البقر بمحل خوف (تركت) بضم فكسر من المختلطة . ابن القاسم ضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها فيه من السباع والذئاب فهي كالغنم ، وإن كانت لا يخاف عليها من السباع فهي كالإبل . وشبه في الترك فقال (كـ) ضالة (إبـل) فيجب تركها بمحل وجودها ويحرم التقاطها (فإن أخذت) بضم فكسر أي التقطت ضالة الإبل (عرفت)

بضم فكسر مثقلا ضالة الإبل سنة (ثم) إن لم يوجد مستحقها (تركت) بضم فكسر ضالة الإبل (بمحلها) الذي وجدت به .

ابن القاسم إن وجد ضالة الإبل بفلاة تركها ، فإن أخذها عرفها سنة وليس له أكلها ولا بيعها ، فان لم يجدر بها فليخلها بالموضع الذي وجدها فيه ، الحط ظاهره أن هذا في جميع الأزمان في المقدمات وهو ظاهر قول مالك في المدونة وسماع أشهب من العتبية ، وقيل هو خاص بزمان العدل وصلاح الناس . وأما في الزمن الذي فسد فيه الناس فالحكم أخذها وتعريفها فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها ، فإن أيس منه تصدق به كما فعله عثمان رضي الله تعالى عنه لما دخل الناس في زمنه الفساد، وقد روي ذلك عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . ابن عبد السلام صميم مذهب الامام مالك رضي الله تعالى عنه عدم التقاطها مطلقاً ، وأقره الموضح ، وظاهره أيضاً سواء كانت بموضع يخاف عليها فيه من السباع أم لا .

وفي المقدمات اختلف ان كانت الإبل بعيدة من العمران حيث يخاف عليها من السباع فقيل إنها كالغنم لواجدها أكلها . وقيل تؤخذ فتعرف إذ لا مشقة في جلبها اهـ . ونقل الخلاف ابن عبد السلام والموضح أيضاً عن غير المقدمات ، وظاهره أيضاً سواء كانت في العمران أو في الصحراء .وقال ابن الحاجب ولا تلتقط الإبل في الصحراء . الموضح نحوه في المدونة فيحتمل أنه لا مفهوم له لخروجه مخرج الغالب. ويحتمل أن له مفهوماً ثم هو يحتمل الموافقة ، لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعه حيث لا يتوهم أولى ، والمخالفة فمعناه أنها تلتقط في العمران لسهولة وجدان ربها ولأنها في العمران لا تجد ما تأكل فتهلك جوعاً . ابن عبد السلام الاول أسعد بظاهر المذهب . والثاني أقرب إلى لفظه .

(و) له (كراء بقر) ملتقطة (ونحوها) كخيل وبغال وحمير ويصرف كراؤها (في علفها كراء مضموناً) أي مأموناً وعاقبته لا يخشى عليها الهلاك منه . وفهم من قوله في علفها أنه ليس له كراؤها لغيره . اللخمي ضالة البقر والخيل وغيرها من الدواب يمنع

وَرُكُوبُ دَابَّةٍ لِمَوْضِعِهِ وإِلَّا ضَمِنَ ، وَغَلاتُها دُونَ نَسْلِها ،
وخُيِّرَ رَبُّها بَيْنَ فَكِّها بِالنَّفَقَةِ أو إسْلامِها ،

أخذها إذا كانت بموضع ري وماء لا يخاف عليها السباع ولا بأس ، فإن انخرم أحد هذه الوجوه أخذت وليس لهذه صبر عن الماء كالإبل ، فإن أخذت عرفت حولاً اذا تكلف ذلك واجدها ولم يلحق صاحبها في الإنفاق عليها تلك المدة مضرة . فإن قدر على بيعها في أمن وحفظ أو تؤاجر في بعض الاوقات بقدر ما تحتاج من النفقة فعل ذلك ، فإن خيف خروجها إلى الرعي استؤجرت في مأمون من الاعمال بقدر ما تحتاجه من النفقة ، فان لم توف الإجارة بعلفها أو قال واجدها لا أتكلف الصبر عليها بيعت ، واختلف فيمن يتولى بيعها .

(و) له (ركوب دابة) ملتقطة من موضع التقاطها (لموضعه) أي الملتقط (وإلا) أي وإن لم يركبها لموضعه بأن ركبها لغيره (ضمن) قيمتها إن هلكت بسبب ركوبها وأجرتها إن سلمت . مطرف لواجد ضالة الدواب ركوبها إلى موضعه لا في حوائجه ، فان فعل ضمنها (و) له (غلاتها) بفتح الغين المعجمة وشد اللام . « غ » المراد بالغلة هنا لبنها وزبدها وسمنها دون صوفها ودون كرائها ، بدليل تقديم الكراء ، والصوف حكمه حكم النسل ، بدليل قوله في خيار النقيصة ، بخلاف ولد وثمرة أبرت وصوف تم أولا (دون نسلها) سمع القرينان نتاج الضالة مثلها ولبنها . عيسى له أن يأكل منه .

ابن رشد لا فرق بينها وبين نتاجها وخفف أكل لبنها يريد بقدر قيامه عليها ، لانه كالوصي في مال يتيمته والزائد على ذلك مما له قدر يشح به ربه كلقطة وما لا يشح به له أكله . ابن عرفة نسل الضالة المعرفة وصوفها مثلها في المسائل الملقوطة . وأما منافع اللقطة وغلاتها ولبنها فقال الامام مالك «رض» للملتقط ولا يتبع بذلك ، ويتبع بها وبنسلها خاصة . وقيل يتبع بالجميع إن كان له ثمن وله أن يكري البقر وغيره في علفها كراء مأموناً ، وله الركوب ، وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه .

(و) إن أنفق الملتقط على اللقطة نفقة (خير) بضم الخاء المعجمة وكسر المثناة التحتية مثقلة (ربها) أي اللقطة (بين فكها ب) دفع عوض (النفقة) للملتقط (وإسلامها)

وَإِنْ بَاعَهَا بَعْدَهَا فَمَا لِرَبِّهَا إِلَّا الثَّمَنُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَجَدَهَا بِيَدِ الْمِسْكِينِ ، أَوْ مُبْتَاعٍ مِنْهُ :

ملتقطها في النفقة التي أنفقها عليها . ابن عرفة فيها ما أنفق على الدواب أو ما التقط من رقيق أو إبل ، كأن أسلمها ربها أو غنم أو متاع أكرى على حمله من موضع لآخر بأمر السلطان أو دونه فلا يأخذه ربه حتى يدفع ما أنفق عليه ، فإن أسلمه ربه فلا شيء عليه ، وفي رهونها المنفق على الضالة أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته . الشيخ في كتب أشهب وغيرها لرب الدواب والماشية أخذها وإسلامها ، فإن أسلمها ثم بدا له أخذها فليس له ذلك وكذا في الآبق إن أنفق عليه .

(وإن باعها) أي الملتقط اللقطة (بعدها) أي السنة ثم جاء ربها (فما) أي ليس (لربها) أي اللقطة (إلا الثمن) الذي بيعت به ، سواء بيعت بإذن الإمام أو بغير إذنه فليس له رد بيعها ، وإن كانت قائمة قاله ابن القاسم فيها إن بيعت اللقطة بعد السنة فليس لربها إن جاء أن يفسخ البيع ، وإن بيعت دون أمر الإمام فلربها أخذ ثمنها ممن قبضه ، وكذلك قال ابن القاسم في غير المدونة في الدواب إذا بيعت . ابن يونس جعل أشهب بيع الثياب بعد السنة دون أمر الإمام تعدياً ، وجعله ينقض البيع في الدواب إن كانت قائمة والحديث يدل على خلافه قوله ﷺ فشأنك بها فقول ابن القاسم لهذا أبين .

(بخلاف) ما (لو وجدها) أي المستحق اللقطة (بيد المسكين) الذي تصدق الملتقط بها عليه (أو) وجدها بيد شخص (مبتاع) أي مشتر (منه) أي المسكين فله أخذها في المسألتين . فيها إذا تصدق باللقطة بعد السنة ثم جاء ربها ، فإن كانت قائمة بيد المساكين فله أخذها وإن أكلوها فليس له تضمينهم ، لأنه قيل في اللقطة يعرفها سنة ثم شأنه بها بخلاف الموهوب له يأكل الهبة ثم تستحق هذا لربه أن يضمنه . ابن يونس إن تصدق بها بعد التزام قيمتها لربها فربها مخير بين أن يلزمه ما التزم أو يأخذها من يد المساكين ، وإن تصدق بها تعدياً أو عن ربها فليس لربها إلا أخذها ، وإن فاتت في الوجهين لزم ملتقطها قيمتها .

فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَلِلْمُلْتَقِطِ : ٱلرُّجُوعُ عَلَيْهِ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا ، إِلَّا أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ بَعْدَ نِيَّةِ تَمَلُّكِهَا ، فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا أَوْ قِيمَتُهَا .

ابن القاسم وجدت بيد من ابتاعها من المساكين فيه أخذها ثم يرجع المبتاع على الملتقط . ابن يونس جعل ابن القاسم لربها نقض بيع المساكين لها ولم يجعل له نقض بيعها الملتقط ، والفرق أن الملتقط باعها خوفاً من ضياعها وأوقف له ثمنها فلم ينقض بيعه لقوله ﷺ فشأنك بها والمساكين إنما باعوها على أنها ملكهم فلمستحقها نقض بيعهم كنقضه بيع المشتري في الاستحقاق . ابن يونس وإذا أخذها من المبتاع رجع المبتاع بالثمن على المساكين إن كان قائماً بأيديهم كما كان لربها أن يأخذ عينها منهم ، وإن كانوا أكلوها فالأولى أن يرجع على الملتقط الذي سلطهم عليها كما لو أكلوها .

(وللـ)شخص الـ(ـملتقط الرجوع عليه) أي المسكين باللقطة إن وجدها عنده وبثمنها إن وجده عنده إن أخذ صاحبها (منه) أي الملتقط (قيمتها) أي اللقطة في كل حال (إلا أن يتصدق) الملتقط (بها) أي اللقطة (عن نفسه) أي الملتقط فلا يرجع على المسكين بشيء . ابن الحاجب وللملتقط الرجوع على المساكين في عينها إن أخذ منه قيمتها إلا أن يكون تصدق عن نفسه . ابن يونس عن أشهب إن تصدق بها عن نفسه فلربها أخذها من المساكين ، وأخذ قيمتها من الملتقط ثم لا يرجع الملتقط على المساكين بشيء .

(وإن نقصت) لقطة عند ملتقطها (بعد نية) ملتقطها لـ(ـتملكها) بعد السنة (فلربها) أي اللقطة (أخذها) أي اللقطة من ملتقطها ناقصة بلا أرش لنقصها (أو) أخذ (قيمتها) أي اللقطة يوم نية تملكها وتركها لملتقطها ، ومفهوم بعد نية تملكها أنها إن نقصت بسماوي قبلها أو في السنة فليس له الا أخذها ناقصة . وظاهره سواء نقصت بسماوي أو باستعمالها وهو كذلك على قول ابن رشد اذا وجدها ربها بيد ملتقطها وقد نقصها باستعمالها فله أخذها وما نقصها ، وان أنهكها ففي تخييره في أخذ قيمتها أو أخذها ، ولا شيء له في نقصها أو مع قيمة نقصها . ثالثها ليس له الا ما نقصها . طفي وهذه الأقوال كما ترى ليست

في فرض المصنف من نقصها بعد نية تملكها بعد السنة ، بل في نقصها عند الملتقط بسبب استعماله لا بقيد نية تملكها بعد السنة ، والله أعلم .

(ووجب لقط) بسكون القاف واهمال الطاء مصدر مضاف لمفعوله (طفل) بكسر الطاء المهملة أي صبي ذكراً كان أو انثى (نبذ) بضم النون وكسر الموحدة واعجام الذال ، أي طرح لوجوب حفظ النفس وجوباً (كفاية) ممن قام بـه عن غيره لحصول الحفظ به فلا يلقط بالغ ولا طفل غير منبوذ ، ويعلم كونه منبوذاً بقرينة الحال . ابن شاس كل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية .

(تنبيهات)

الأول : ابن عرفة اللقيط صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه فخرج ولد الزانية المعلومة ومن علم رقه لقطة ، المسناوي وفيه أنه أخرج الرقيق من حد اللقطة أيضاً ، وقوله انه آبق لا لقطة ولا لقيط غير ظاهر أيضاً ، لأن الآبق عرفاً هو الفار من سيده .

الثاني : ابن عرفة قول ابن الحاجب تابعاً لابن شاس تابعاً للغزالي هو طفل ضائع لا كافل له قبله . ابن هارون وابن عبد السلام ويبطل طرده بطفل كذلك معلوم أبواه ، أنه غير لقيط لانتفاء لازمه وهو كون ارثه للمسلمين في ولائها. اللقيط حر وولاؤه للمسلمين لا لمن التقطه ، وليس له أن يوالي من يشاء والمسلمون يعقلون عنه ما جنى ويرثونه .

الثالث : ابن عرفة أطلق ابن شعبان عليه لفظ منبوذ وترجم على أحكامه في الموطأ بالقضاء في المنبوذ . وفي صحاح الجوهري المنبوذ اللقيط . اللخمي المنبوذ كاللقيط في الحرية والدين ، واختلف في نسبه فقال ابن حبيب المنبوذ لزنية فلا يحد قاذفه بأبيه أو أمه ، ويحد قاذف اللقيط بأبيه أو أمه ، وقيل المنبوذ من نبذ عند ولادته وشأن ذلك فيما ولد لزنا ، واللقيط من طرح في الشدة والجدب ، ولمالك رضي الله تعالى عنه مثله قال من قال لرجل يا منبوذ قال ما يعلم منبوذ إلا ولد الزنا وعلى قائله الحد ، وهذا خلاف قول ابن القاسم من استلحق لقيطاً لا يقبل قوله الا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد ويسمع قول الناس ان طرح عاش ، وهذا انما يفعل عند الولادة .

وَحَضَانَتُهُ وَنَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يُعْطَ مِنَ الْفَيْءِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ كَهِبَةٍ أَوْ يُوجَدُ مَعَهُ أَوْ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ ، إِنْ كَانَتْ مَعَهُ رُقْعَةٌ

الرابع : ابن عرفة عبر ابن شعبان عن حكم التقاطه بقوله ينبغي أن يؤخذ المنبوذ ولا يترك . وفي المعونة من التقط لقيطاً أنفق عليه أو تركه ، لأنه فقير من فقراء المسلمين يلزم الكافة إعانته . وعبارة ابن الحاجب تابعاً لابن شاس تابعاً للغزالي إلى التقاطه فرض كفاية لم أعرفها . والظاهر إن كان بيت مال تعين على الناظر فيه حفظه وعلى من أبصره رفع علمه اليه ، وإن لم يكن وهو الغالب كان فرض كفايه على القادرين على حفظه وقول ابن شاس إن خاف عليه الهلاك إن تركه لزمه أخذه هو مقتضى قواعد المذهب وغيره ، فإن تركه ومات تخرج على قولها أول حريم البئر ان لم يقو المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشاً فديتهم على عواقلهم وتقدم القول فيها .

(و) وجبت (حضانته) أي تربية اللقيط وحفظه على ملتقطه لالتزامه ذلك بأخذه. ابن عرفة حضانة اللقيط على ملتقطه اتفاقاً (و) وجبت (نفقته) أي اللقيط على ملتقطه حتى يبلغ الذكر قادراً على الكسب ويدخل بالأنثى زوجها (إن لم يعط) بضم التحتية وفتح الطاء المهمله اللقيط (من الفيء) بفتح الفاء وسكون التحتية فهمز ، أي مال بيت مال المسلمين ما يكفيه (إلا أن يملك) اللقيط (كهبة) وصدقة وغلة حبس (أو) إلا أن (يوجد معه) أي اللقيط (مال) مربوط في لفافته (أو) يوجد شيء (مدفون) تحته (إن كانت معه) أي اللقيط (رقعة) بضم فسكون من ورق أو جلد مكتوب فيها إن المدفون تحت اللقيط له ، فإن لم تكن معه رقعة كذلك فليس المدفون له ، بل هو ركاز إن كان دفن جاهلي وإلا فهي لقطة .

ابن شاس نفقة اللقيط في ماله وهو مـا وقف على اللقيط أو وهب له أو أوصى له به أو ما وجد تحت يد اللقيط عند التقاطه لكونه ملفوفاً عليه . وفي الزاهي إن وجد على فراش أو ثوب أو دابة أو معه مال مشدود فهو له . ابن شاس وأما المال المدفون في الأرض تحته فليس هو له إلا أن توجد معه رقعة مكتوبة بانه له فيكون له حينئذ . ابن عرفة فإن

ورُجوعُهُ عَلَى أبيهِ إنْ طَرَحهُ عَمْداً ، والْقَوْلُ لَهُ إنْ لَمْ يُنْفِقْ حِسْبَةً ،

لم يكن له مال فقال الباجي ينفق عليه من بيت المال ، فإن لم يكن بيت مال ينفق عليه منه فروى محمد على ملتقطه حتى يبلغ ويستغنى ولا رجوع له عليه وإن استأذن الإمام وفي عتقها الثاني اللقيط حر ونفقته من بيت المال . وفي كتاب الجعل أجر رضاع اللقيط ومن لا مال له من اليتامى من بيت المال .

(و) وجب للملتقط (رجوعه على أبيه) أي اللقيط بعوض ما انفقه عليه (إنطرحه) أي الأب اللقيط (عمداً) ابن القاسم رض التقط لقيطاً فأنفق عليه فاتى رجل وأقام البينة أنه ابنه فليتبعه بما أنفق عليه إن كان الأب موسراً في حين النفقة لأنه تلزمه نفقته هذا إن تعمد الأب طرحه وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه . وقال أشهب لا شيء على الأب بحال ، لأن المنفق محتسب ، اللخمي وقول ابن القاسم أبين لأن المنفق يقول لو علمت أن له من تلزمه نفقته لم أنفق عليه . وفيها للإمام مالك « رض » في صغير ضل من والده فأنفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشيء . ابن القاسم وكذلك اللقيط الذي لم يتعمد الأب طرحه ، لأن النفقة عليه على وجه الحسبة (والقول له) أي الملتقط بيمينه (أنه) أي الملتقط (لم ينفق) الملتقط عليه (حسبة) بكسر فسكون أي تبرعاً لله تعالى إذا ادعى الأب عليه انه أنفق عليه حسبة ، وهذا إذا أشكل الأمر ولم تقم قرينة على أحد الأمرين .

ابن الحاجب إن ثبت لهأب ببينة وطرحه عمداً لزمه ما أنفق عليه إلا أن يكون أنفق حسبة فلا رجوع له ، فان أشكل الأمر فالقول قول المنفق . ابن عرفة فهم ابن الحاجب وشارحاه المذهب على أنه إن أنفق عليه حسبة فلا رجوع له عليه مع تعمده طرحه ، ومقتضى المدونة خلافه ، وأن لمن أنفق عليه احتساباً ثم ظهر أن له أباً موسراً تعمد طرحه أن يرجع عليه بالنفقة وتقدم نصها ويرشحه . اللخمي بقوله أنه يقول لو علمت له من تلزمه نفقته ما انفقت عليه

وَهُوَ حُرٌّ ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَحُكِمَ بِإِسْلَامِهِ فِي قُرَى الْمُسْلِمِينَ ، كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا بَيْتَانِ ، إِنِ الْتَقَطَهُ مُسْلِمٌ ، وَإِنْ فِي قُرَى الشِّرْكِ فَمُشْرِكٌ ، وَلَمْ يُلْحَقْ بِمُلْتَقِطِهِ وَلَا غَيْرِهِ ، إِلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِوَجْهٍ ،

(وهو) أي اللقيط (حر) لا رق لمتقطه (وولاؤه) أي ميراث اللقيط إذا مات بلا وارث (لـ) بيت مـال (المسلمين) لا لملتقطه . فيها اللقيط حر عمر بن الخطاب «رض» ولاؤه للمسلمين وعقله على بيت المال (وحكم) بضم فكسر (بإسلامه) أي اللقيط إن وجد (في قرى) بضم القاف جمع قرية (المسلمين) لأنه الاصل والغالب ، وشبه في الحكم بإسلامه فقال (كان) بفتح الهمز وسكون النون ، حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (لم يكن) يوجد (فيها) أي القرية التي وجد اللقيط فيها (إلا بيتان) للمسلمين فيحكم باسلامه (إن التقطه مسلم و) إن وجد (في قرى الشرك) أي الكفر التي ليس فيها بيتان للمسلمين فهو (مشرك) أي محكوم بكفره ولو التقطه مسلم عند ابن القاسم .

وقال أشهب إن التقطه مسلم حكم باسلامه فيها ، قلت من التقط لقيطاً في مدينة إسلام أو في قرية للشرك في أرضه أو كنيسة أو بيعة وعليه زي أهل الذمة أو المسلمين وكيف إن كان الذي التقطه في بعض المواضع مسلما أو ذمياً ما حاله ، فقال إن التقطه نصراني في قرى أهل الإسلام ومواضعهم فهو مسلم وإن كان في قرى أهل الشرك وأهل الذمة ومواضعهم فهو مشرك ، وإن وجد في قرية ليس فيها إلا اثنان أو ثلاثة من المسلمين فهو للنصارى ولا يعرض له إلا أن يلتقطه هناك مسلم فيجعله علي دينه .

(ولم) الأولى لا (يلحق) بفتح التحتية نسب اللقيط (بملتقطه ولا) بـ (غيره إلا ببينة) شاهدة بثبوت نسبه بملتقطه أو غيره (أو بوجه) أي قرينة دالة على صدق مدعيه كشهرته بموت أولاده وسماعه قول بعض العوام إن طرح الولد يوم ولادته عاش فزعم أنه طرحه لذلك . فيها للإمام مالك رضى الله تعالى عنه من التقط لقيطاً فادعى رجل انه ولده

وَلَا يَرُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ لِيَرْفَعَهُ لِلْحَاكِمِ ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ ، وَالْمَوْضِعُ مَطْرُوقٌ ، وَقُدِّمَ الْأَسْبَقُ ثُمَّ الْأَوْلَى ، وَإِلَّا فَالْقُرْعَةُ ،

فلا يصدق ولا يلحق به إلا أن يكون لدعواه وجه كرجل عرف انه لا يعيش له ولدفزعم أنه رماه لأنه سمع قول الناس إذا طرح عاش ونحوه مما يدل على صدقه فانه يلحق به ، وإلا فلا يصدق إلا ببينة . قيل لابن القاسم فان صدقه الملتقط قال أراه شاهداً ولا تجوز شهادة واحد مع اليمين في النسب .

(ولا يرده) بفتح التحتية وضم الراء وشد الدال ، أي الملتقط اللقيط (بعد أخذه) لتعين حضانته عليه بأخذه في كل حال (إلا أن يأخذه) أي الملتقط اللقيط (ليدفعه) أي الملتقط اللقيط (للحاكم) لا لقصد تربيته (فلم يقبله) أي الحاكم اللقيط فللملتقط . رده لموضع التقاطه (و) الحال (الموضع مطروق) للناس كثيراً . الباجي إذا كان الموضع مطروقاً وأيقن أن غيره يأخذه وإلا فلا يرده لأنه يعرضه للتلف . ابن عرفة أشهب من التقط لقيطاً فليس له تركه إن أخذه ليربيه وإن أخذه ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله منه فلا ضيق عليه في رده لموضع أخذه . وفي الموازية من أخذ لقيطاً انفق عليه ، ولعله أراد به التزام ذلك ، ولو قال لم ارد ذلك قبل قوله القاضي ابو الوليد معنى ذلك عندي أن يكون موضعاً لا يخاف عليه من الهلاك لكثرة الناس فيه وأيقن أنه يسارع الناس الى أخذه.

(و) إن ازدحم على اللقيط اثنان فأكثر وكل منهم صالح لحضانته وأراد كل أخذه (قدم) بضم فكسر مثقلا الشخص (الأسبق) أي السابق منهم اليه ، ولو كان غيره أولى منه (ثم) إن لم يكن أسبق قدم الشخص (الأولى) بفتح الهمز ، أي الأحق بكفالته (وإلا) أي وإن لم يكن أسبق ولا أولى (فالقرعة) تضرب بينهم فمن خرجت بتقديمه قدم . ابن شاس لو ازدحم اثنان على اللقيط كل منهما أهل قدم من سبق ، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي ، فإن استويا فيه أقرع بينهما . وفيها من التقط لقيطاً فكابره عليه رجل فنزعه منه فرفعه إلى الإمام اليهما فأيهما كان أقوى على مؤنته و كفايته

وَيَنْبَغِي ٱلْإِشْهَادُ، وَلَيْسَ لِمُكَاتَبٍ وَنَحْوِهِ ٱلْتِقَاطٌ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، وَنُزِعَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ مِنْ غَيْرِهِ،

وكان مأموناً دفعه اليه . ابن عرفة ابن الحاجب تابعاً لابن شاس تابعاً للغزالي إن استويا أقرع بينهما .

(وينبغي الاشهاد) على التقاطه خوف استرقاقه أو تبنيه . ابن شاس من أخذ لقيطاً فليشهد عليه خوف الاسترقاق . ابن عرفة لم أعرفه نصاً إلا للغزالي ، وظاهره وجوب الاشهاد ، واستظهره ابن عبد السلام خلاف ظاهر عبارة المصنف من ندبه (وليس ل) رقيق (مكاتب ونحوه) كمدبر ومبعض ومعتق لأجل وأم ولد وولدها من غير سيدها وأولى القن (التقاط) للقيط (بغير إذن السيد) فإن أذن فهو الملتقط .

ابن عرفة في وجيز الغزالي لو التقط العبد أو المكاتب بغير إذن السيد انتزع من أيديها ، فإن الحضانة تبرع وهما ممنوعان منه ، فإن أذن السيد فهو الملتقط ونقله ابن شاس ، كأنه نص المذهب ولم أعرفه نصاً لأهل المذهب لكنه مقتضى أصله ، والحق أن لا ينقل على أنه نص فيه ، بل على أنه مقتضاه . الحط في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده ، ونص على المكاتب لأنه أحرز نفسه وماله فيتوهم أن له ذلك ووجه منعه أن اللقيط يحتاج إلى حضانة وهي تبرع وهو ليس من أهله ، وانظر الزوجة هل يجوز التقاطها بغير إذن زوجها ، والله أعلم .

(ونزع) بضم النون وكسر الزاي لقيط (محكوم باسلامه) بالتقاطه في قرية مسلمين، وصلة نزع (من) ملتقط (غيره) أي المسلم وهو الكافر خوف تربيته على دينه واسترقاقه قاله مطرف وأصبغ . ابن عرفة فيها مع غيرها اللقيط في قرى الاسلام مسلم ولو التقطه كافر . مطرف واصبغ إن التقطه نصراني نزع منه لئلا ينصره او يسترقه . وفي كتاب ابن سحنون إن التقطت نصرانية صبية فربتها حتى بلغت على دينها ردت للاسلام وهي حرة . اللخمي في عتقها الثاني إن التقط كافر لقيطاً ببلد الاسلام فرباه على دينه فلا يترك على النصرانية إلا أن يبلغ عليها فاختلف فيه هل يقر عليها .

وَنُدِبَ أَخْـذُ آبِقٍ لِمَنْ يَعْرِفُ وإلَّا فَلاَ يَأْخُذُهُ ، فَإِنْ أَخَذَهُ رَفَعَهُ لِلْإِمَامِ وَوُقِفَ سَنَةً ، ثُمَّ بِيعَ ولاَ يُهْمَلُ ، وأَخَـذَ نَفَقَتَهُ

(وندب) بضم فكسر (أخذ) بفتح الهمز وسكون الخاء المعجمة رقيق (آبق) بمد الهمزة وكسر الموحدة ، اي هارب من مالكه (لمن) أي شخص أو الشخص الذي (يعرف) بفتح فسكون فكسر (ربه) قريباً كان أو جاراً او غيرهما (وإلا) أي وان لم يعرف ربه (فلا) يندب له أخذه (فإن اخذه) وهو لا يعرف ربه (رفعه) اي الآخذ الابق (للامام) أي حاكم بلده اماماً كان أو نائبه (و) إذا رفعه له (وقف) بضم فكسر الآبق عنده (سنة) ونفقته من بيت المال (ثم) إن لم يظهر ربه (بيع) بكسر الموحدة الآبق بعد تمام السنة (ولا يهمل) بضم التحتية وسكون الهاء وكسر الميم أمره عن البيان فيكتب اسمه وصفاته وبلده وثمنه الذي بيع به ويشهد على ذلك ، فإن جاء من ادعاه قابل كلامه بالمكتوب ، فإن ظهر له انه له دفع له بقية ثمنه والا فلا ، ويحتمل أن معنى لا يهمل لا يترك بعد السنة يذهب حيث يشاء كضالة الابل .

(و) إذا باعه الامام (اخذ) الامام (نفقته) اي الآبق التي انفقت عليه من بيت المال من ثمنه الذي بيع به وجعل بقية ثمنه أمانة لربه في بيت المال . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه ومن وجد آبقاً فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره او لمن يعرفه فأحب إلي أن يأخذه . ابن القاسم فإن لم يأخذه فهو في سعة ومن أخذ آبقاً رفعه إلى السلطان فوقفه سنة وأنفق عليه ويكون فيما انفق عليه كالأجنبي ، فإن جاء صاحبه والا باعه واخذ من ثمنه ما انفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال . سحنون لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع ويكتب الحاكم صفته عنده حتى يأتي طالبه . ابن يونس هذا هو الصواب . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه يبيع الاباق بعد السنة ولا يأمر باطلاقهم يعملون ويأكلون ولم يجعلهم كضوال الابل لأنهم يأبقون ثانية .

وَمَضَى بَيْعُهُ : وإِنْ قَالَ رَبُّهُ كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ ولَـهُ عِتْقُهُ وهِبَتُهُ لِغَيْرِ ثَوَابٍ ، وتُقَـــامُ عَلَيْهِ ٱلْحدُودُ ، وضَمِنَهُ إِنْ أَرْسَلَهُ ، إِلَّا لِخَوْفٍ مِنْهُ : كَمَنِ ٱسْتَأْجَرَهُ فِيمَا يَعْطَبُ فِيهِ ،

(و) اذا باعه الامام (مضى بيعه) أي الآبق (وان قال ربه كنت أعتقته) أي الآبق قبل بيعه لاتهامه بالتحيل على نقض بيعه إلا ان تشهد بينة له باعتاقه قبله فينقض بيعه . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إن جاء رب الآبق بعد ان باعه الامام بعد السنة والعبد قائم فليس له إلا ثمنه ولا يرد بيعه ، لأن الامام باعه وبيعه جائز ، ولو قال ربه كنت اعتقته او دبرته بعد اباقه أو قبله فلا يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة .

(وله) اي رب الآبق (عتقه) أي الآبق ناجزاً مجاناً وعن كفارة ظهاره وإلى أجل وكتابته وتدبيره والتصدق به والايصاء به (وهبته لغير ثواب وتقام عليه) أي الآبق (الحدود) بضم الحاء المهملة الشرعية لزنا وسرقة وشرب مسكر وقذف ورده وترك صلاة ونحوها. فيها يجوز لسيد الآبق عتقه وتدبيره وهبته لغير ثواب ، ولا يجوز له بيعه ولا هبته لثواب ، وان زنى الآبق أو سرق أو قذف اقيم عليه الحد في ذلك كله .

(وضمنه) بفتح فكسر ، أي الآبق آخذه (إن أرسله) أي اطلق الآخذ الآبق وخلى سبيله بعد أخذه في كل حال (إلا) ارساله (لخوف منه) أي الآبق ان يقتل آخذه أو يضره في نفسه أو ماله فلا يوجب ارساله ضمانه . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من أخذ آبقاً فأبق منه فلا شيء عليه ، وإن ارسله بعد أخذه ضمنه . ابن عبد الحكم ولو خلاه بعد أن أخذه لعذر بأن خاف أن يقتله أو يضره فلا شيء عليه ، وان ارسله لشدة النفقة فهو ضامن ، وشبه في الضمان فقال (كمن) أي شخص أو الشخص الذي (استأجره) أي الآبق من نفسه (فيما) أي عمل (يعطب) الآبق (فيه) أي بسببه وعطب فيضمنه. فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من استأجر آبقاً فعطب في عمله ولم يعلم أنه آبق ضمنه لربه ، وقاله مالك رضي الله تعالى عنه فيمن واجر عبداً على تبليغ كتاب إلى بلد ولم يعلم انه عبد فعطب في الطريق أنه يضمنه ، ثم قال وإنما يضمن الآبق من استعمله في عمـــل

لَا إنْ أَبَقَ مِنْهُ وإنْ مُرْتَهِناً وَحَلَفَ ، وَاسْتَحَقَّهُ سَيِّدُهُ : بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وأَخَذَهُ ، إنْ لَمْ يَكُنْ إلَّا دَعْوَاهُ إنْ صَدَّقَهُ وَلْيُرْفَعْ لِلْإِمَامِ إنْ لَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحِقَّهُ ، إنْ لَمْ يَخَفْ ظُلْمَهُ ،

يعطب في مثله فهلك فيه ا هـ ، فإن كان لا يعطب في مثله فلربه أجرته إن كان له بال لا ما لا بال له كسقي دابة وشراء خضرة .

(لا) يضمن آخذ الآبق (ان أبق) الآبق (منه) أي آخذه بغير تعد ولا تفريط . فيها للإمام مالك «رض» من أخذ آبقا فأبق منه فلا شيء عليه وبالغ على عدم الضمان بالإباق فقال لا يضمن من كان بيده عبد لغيره فأبق ان لم يكن مرتهنا ، بل (وان) كان الرقيق (مرتهنا) بفتح الهاء ، أي مرهونا في دين وأبق من المرتهن بكسر الهاء (وحلف) المرتهن بالكسر أنه أبق منه فلا يضمن لراهنه ، فيها اذا أبق العبد الرهن فلا يضمنه المرتهن ويصدق في اباقه ولا يحلف وكان على حقه ، وفي رواية الدباغ ويحلف (واستحقه) أي الآبق (سيده بشاهد) شهد له به (ويمين) من سيده أنه له لأنه مال وهو يكفي فيه شاهد ويمين . فيها للإمام مالك « رض » من اعترف آبقاً عند السلطان وأثبت شاهداً حلف معه وأخذ العبد .

(و) ان ادعى شخص أن الآبق له (أخذه) أي المدعي الآبق (ان لم تكن الا دعواه) أي المدعي أنه له (ان صدقه) أي الآبق المدعي في دعواه أنه له . ابن يونس بعد التلوم . فيها ان ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فإن صدقه العبد دفع اليه أراد بعد التلوم وتضمينه أياه ، قال الإمام مالك «رض» في متاع وجد مع لصوص فادعاه قوم لا يعرف ذلك إلا بقولهم أن الإمام يتلوم فيه ، فإن لم يأت سواهم دفعه اليهم فكذلك الآبق . أشهب لأن هذا أكثر ما يوجد (وليرفع) من أخذ الآبق أمره (للامام) العدل (إذا لم يعرف) آخذه (مستحقه) أي الآبق بكسر الحاء المهملة (إن لم يخف) بفتح التحتية والخاء المعجمة آخذه (ظلمه) أي الإمام بأن كان عادلا ، فإن خاف ظلمه فلا

وَإِنْ أَتَى رَجُـــلٌ بِكِتَابِ قَاضٍ ، إِنَّهُ قَـدْ شَهِدَ عِنْدِي : أَنَّ صَاحِبَ كِتَابِي هَـذَا فُلاَنٌ ، هَرَبَ مِنْـــهُ عَبْدٌ ، وَوَصَفَهُ ، فَلْيُدْفَعْ إِلَيْهِ بِذَلِكَ .

يرفعه اليه فيها ، والآبق إذا اعترفه ربه في يدك ولم تعرفه فأرى أن ترفعه إلى الإمـــام إن لم تخف ظلمه .

(وإن أتى رجل) قاضياً أو والياً (بكتاب قاض) آخر مضمونه (أنه) أي الشأن (قد شهد عندي) عدلان (أن صاحب) أي حامل (كتابي هذا فلان) كناية عن علم شخص كزيد عطف بيان على صاحب (هرب منه) أي فلان صاحب الكتاب (عبد) صفته كذا هذه الجملة خبر أن (ووصفه) أي فلان العبد ، وعند القاضي المكتوب اليه عبد محبوس بتلك الصفة (فليدفع) القاضي الذي أتاه الكتاب العبد الذي عنده (اليه) أي صاحب الكتاب (بذلك) الكتاب .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإذا أتى رجل إلى قاض بكتاب من قاض ذكر فيه أنه قد شهد عندي قوم أن فلاناً صاحب كتابي اليك قد هرب منه عبد صفته كذا فحلاه ووصفه في الكتاب وعند هذا القاضي عبد آبق محبوس على هـــذه الصفة فليقبل كتاب القاضي والبينة التي شهدت فيه على الصفة ويدفع اليه العبد . طفي ظاهره إعمال الكتاب بمجرد إتيان الرجل به من غير شهود عليه ، وقد عارضه عج بما يأتي من قوله ولم يفـــد وحده ، وأجاب بإمكان رد هذا لذاك وبأن المصنف أشار لقولين ، والأظهر أنه إنمـا قبل هنا وحده لخفة الأمر فيه ، إذ له أخذه بمجرد قوله ، وقد أشار لهذا في المدونة بقوله قيل أفترى للقاضي الأول أن يقبل منه البينة على الصفة ويكتب بها إلى قاض آخر ، قال نعم ، لأن مالكاً قال في المتاع الذي يسرق بمكة إذا اعترفه رجل ووصفه ولا بينة له يستأني الإمام فيه ، فإن جاء من يطلبه وإلا دفعه اليه ، فالعبد الذي أقام فيه البينة على صفة أحرى أن يدفع اليه ، وإن ادعى عين العبد ووصفه ولم تقم البينة عليه فأرى لك مثل المتاع ينتظر به الإمام ويتلوم ، فإن جاء آخر يطلبه وإلا دفعه اليـــه وضمنه إياه ،

﴿ بـاب ﴾

أَهـلُ ٱلقَضَاء :

قيل ولا يلتفت هنا إلى قول العبد إن أنكر أن هــذا مولاه إلا أن يقر أنه عبد لفلان ببلد آخر ا هـ ، ولم يلتفت لقول العبد هنا لوصفه ربه وما تقدم من اشتراط تصديقه حيث لم يصفه ، والله أعلم .

(بـــاب)

في بيان شروط وأحكام القضاء وما يتعلق به

(أهل) أي مستحق (القضاء) بفتح القاف وإعجام الضاد ممدوداً . ابن راشد وابن فرحون القضاء الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام . ابن عرفة القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين ، فيخرج التحكيم وولاية الشرطة والإمامة . وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره . الحط يطلق القضاء في الإصطلاح على الصفة المذكورة كما في قولهم وفي القضاء وقول المصنف أهل القضاء الخ وعلى الاخبار المذكور كما في قولهم قضى القاضي بكذا ، وقولهم قضاء القاضي بكذا حق أو باطـــل لكن في تعريف ابن راشد مسامحات الأولى ذكر الاخبار ، إذ المتبادر منه ما يحتمل الصدق والكذب المقابل للانشاء ، وليس بمراد ، وانما المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام .

الثانية شموله حكم حكمي جزاء الصيد وتنـــازع الزوجين وحكم المحكم وحكم المحتسب والوالي وغيرهما من ولاة المسلمين اذا حكموا بالشرع ، وقول ابن عرفـــة أن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه منه ، فإن المحكم لا يحكم ابتداء الا في الأموال وما يتعلق بها ، وما في معناها مما لا يتعلق بغير المحكمين ولا يحكم ابتداء في القصاص واللعان والطلاق والإعتاق لتعلق حق غيرهما بذلك ، قالوا فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه ، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك والله أعلم .

(تنبيهات)

الأول : في الذخيرة عقد القضاء جائز من الجانبين مطلقاً كالجعـــالة والقراض قبل الشروع في عملها والمغارسة والتحكيم والوكالة،فللامام عزله وله عزل نفسه مطلقاً كما يأتي.

الثاني : ابن سهل تلخيص خطط الولاية القضاء والشرطة والمظالم والرد والمدينـــة والسوق ، فمتعلق حكم والي الرد ما استرا به القضاة وردوه عن أنفسهم وصاحب السوق يعرف بصاحب الحسبة ، لأن أكثر نظره فيها بالأسواق من غش وتفقد مكيال وميزان.

الثالث : علم القضاء أخص من العلم بفقهه ، لأن متعلق فقهه كلي من حيث هـو كلي ومتعلق علمه كلي من حيث صدق كليه على جزئيات ، وكذا فقد الفقيه من حيث كونه فقيهاً هو أعم من فقه الفقيه من حيث كونه مفتياً ، ثم قال واذا تأملت ذلك علمت أن حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط ، وحـــال القاضي والمفتي كحال عالم بها مع علمه بصغراه ولا خفاء أن العلم بهما أشق وأخص من العلم بالكبرى فقط ، وأيضا فقه القضاء والفتوى مبنيان على النظر في الصور الجزئيـــة بإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف التي فيها ، فيلغى طرديها ويعمل معتبرها .

ابن عبد السلام علم القضاء وإن كان أحد انواع علم الفقه متميز بامور لا يحسنهـــا كل فقيه ، وربما كان بعض الناس عـــارفاً بفصل الخصام ، وليس له باع في غيره من أبواب الفقه ، كما أن علم الفرائض كذلك ، وكما أن علم التصريف من علم العربية ، وأكثر أهـــل زماننا لا يحسنونه ، وقد يحسنه من هو دونهم في العربية ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من انواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وتطبيقها على جزئياتها الواقعة بين الناس وهو عسير على كثير من الناس فتجد من يحفظ أصولاً كثيرة من الفقه ويفهمها ويعلمها غيره ، واذا سئل عن الواقعة جزئية من مسائل الصلاة او من مسائـــل الايمان لا يحسن الجواب ، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر ، والشيوخ في هذا حكايات نبه ابن سهل على بعضها .

الرابع : أقوال الشيوخ واضحة الدلالة على جلالة خطة القضاء وندور السلامة فيه ، قال بعض الناس القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً ، لا سيما إذا اجتمعت اليه الصلاة ابن عرفة أراد إمامة الصلاة ومقتضاه حسن اجتماعهما والمعروف ببلدنا قديماً وحديثاً منع إمامة قاضي الجماعة بها والا تنكحة إمامة الجامع الأعظم بها .

الخامس : ابن رشد عن غير واحد الحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر والجور فيه واتباع الهوى من أكبر الكبائر ، وهو محنة من دخل فيه ابتلى بعظيم ، لأنه عرض نفسه للهلاك إذ التخلص فيه عسير . عمر رضي الله تعالى عنه وددت أني أنجو من هذا الأمر كفافاً لا لي ولا علي، فالهروب منه واجب لا سيافي هذا الوقت . مالك عن عمر بن الحسين رضي الله تعالى عنهما ما أدركت قاضياً استقضى بالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام الا رأيت كآبة القضاء عليه وكراهيته في وجهه الا قاضيين سماهما . ابن عبد السلام ، هذا حين كان القاضي يمان على ما وليه وربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته ان شهد عنده، وأما اذا صار القاضي لا يمان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على اي حال كان ، فان ذلك ينقلب محرماً نسأل الله تعالى السلامة واكثر الخطط الشرعية في زمننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة .

السادس : حكم تولية القاضي الوجوب . اللخمي وغيره اقامة حكم للناس واجبة لما فيه من رفع الهوج والمظالم، فعلى الوالي على بلد النظر في أحكامهم ان كان اهلاً لذلك، فان لم يكن أهلاً له أو اشتغل عنه وجب عليه أن يقدم لهم من هو أهل لذلك وإن لم يكن بالموضع وال كان ذلك لذوي الرأي والثقة .

السابع : مالك رضي الله تعالى عنه لم يكن ذلك في زمنه ﷺ ولا في زمن الخلفاء قاض هم الذين كانوا يقضون بين الناس أول من استقضى معاوية رضي الله تعالى عنه ، وأنكر أن يكون علي رضي الله تعالى عنه استقضى شريحاً ، وحكى ابن شعبان أن أول قاض استقضى عبد الله بن نوفل ولاه معاوية . العراقيون أول من استقضى عمر وجه

شريحاً للكوفة وكعب بن سرار للبصرة ، وقيل اول من استقضى علي رضي الله تعالى عنه لما منعته الحروب استقضى شريحاً ، وقول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لم يستقض أبو بكر ولا عمر ولا عثمان يعني بدار الهجرة وسائر البلاد بعثوا اليها قضاة واستقضى النبي ﷺ علياً ومعاذاً وغيرهما رضي الله تعالى عنهم .

الثامن : صفات القاضي المطلوبة فيه ثلاثة اقسام شروط في صحة توليته وشروط في دوامها وشروط في كمالها ، أشار المصنف إلى الأولى بقوله عدل إلى قوله فأمثل مقلد ، وإلى الثاني بقوله ونفذ حكم أعمى إلى قوله ووجب عزله وإلى الثالث بقوله كورع الخ .

(عدل) بفتح فسكون أي بالغ عاقل مسلم ذكر حر غير فاسق ولا مرتكب ما يخل بمروأته . ابن رشد للقضاء خصال مشترطة في صحة ولايته ، وهي ان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً واحداً ، فهذه الست خصال لا يصح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه ، فان ولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد ولايته وإن انخرم شيء منها بعدانعقاد الولاية سقطت الولاية . القرطبي في شرح مسلم نص اصحاب مالك رضي الله تعالى عنه على أن القاضي لا بد أن يكون حراً وأمير الجيش والحرب في معناه ، فانها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ احكام شرعية فلا يصلح لها العبد ، لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ ولا يصلح للقضاء ولا للامارة ، وأظن جمهور علماء المسلمين على هذا ، وظاهر كلام المصنف جواز ولاية العتيق . ابن عرفة وهو المعروف ، وعزاه ابن عبد السلام للجمهور ، قالا ومنعها سحنون خوف استحقاقه فيرد إلى الرق ، وترد احكامه .

وظاهر كلامه أيضاً أن ولاية الفاسق لا تصح ولا ينفذ حكمه وافق الحق أم لا ، وهو المشهور صرح به في توضيحه ، وقاله في التنبيهات ، ونقله ابن فرحون وغيره . وقال أصبغ فسقه موجب لعزله ولا تجوز تولية الفاسق ، ويمضي من أحكامه ما وافق الحق . وفي العمدة هل ينعزل بفسقه أو يجب عزله قولان . القرافي إن لم يوجد عدل ولى أمثل

الموجودين . مالك رضي الله تعالى عنه لا أرى خصال القضاة تجتمع اليوم في أحد ، فإن اجتمع منها خصلتان العلم والورع ولي .

(ذكر) فلا تصح تولية امرأة لحديث ، البخاري لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة (فطن) بفتح الفاء وكسر الطاء المهملة صفة مشبهة من الفطانة ، أي النباهة وجودة العقل فلا تصح تولية المغفل الذي ينخدع بتحسين الكلام ، ولا يتنبه لما يفيد الإقرار وحيل الخصوم والشهود . ابن عرفة عد ابن الحاجب من هذا القسم فطانته وهو ظاهر كلام الطرطوشي ، فلا يكتفي بالعقل التكيفي ، ولا بد أن يكون ظاهر الفطنة بعيد الغفلة وعدها ابن شاس وابن رشد من الصفات المستحبة غير الواجبة ، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحسنة ، فطريقة ابن رشد أنسب ، لأن فطن من ابنية المبالغة كحذر والمبالغة في الفطانة مستحبة لا لازمة . ابن عبد السلام المراد بالفطن من لا يستزل في رأيه ولا تمشى عليه حيل الشهود والخصوم . الحط الأحسن ذو فطنة المسناوي ولم أر من ذكر الفطنة من الشروط إلا ابن الحاجب ومحققو المذهب أنها من المندوبات (مجتهد) أي فيه أهلية الاجتهاد المطلق (إن وجد) بضم فكسر فلا تصح تولية مقلد مع وجوده (وإلا) أي وإن لم يوجد مجتهد (فأمثل) أي أكمل (مقلد) بضم ففتح فكسر مثقلاً ، فلا تصح تولية مقلد دونه مع وجوده .

البناني هذا يقتضي أن ولاية الأمثل شرط صحة فلا تنعقد ولاية من دونه مع وجوده ، ولا أظن هذا يسلم ، وعبارة ابن عبد السلام وغيره ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس الخ . الباجي لا خلاف في اعتبار كون القاضي عالماً مع وجوده والذي يحتاج اليه من العلم كونه مجتهداً . عياض المازري وابن العربي شرطه كونه عالماً مجتهداً أو مقلداً إن فقد المجتهد كشرط كونه حراً مسلماً .

المازري زماننا عار من الاجتهاد في إقليم المغرب فضلاً عن قضاته . الحط يشير إلى أن القاضي يشترط فيه كونه عالماً ، وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة . وقال ابن

عبد السلام المشهور أنه من القسم الأول ، وعده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الأول وعليه عامة أهل المذهب ، وعليه فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله وأحكامه مردودة ما لم يوافق الحق منها وما وافقه ، وسيصرح المصنف بأنها مرهودة ما لم يشاور العلماء ثم إنه إذا وجد مجتهد وجبت توليته ولا يجوز أن يتولى غيره . ابن العربي إن تولى المقلد مع وجود المجتهد فهو متعد جائز ، نقله القرافي وابن فرحون ، وهذا يفيد أن الاجتهاد إن وجد ليس شرطاً خلاف ما يفيده كلام المصنف إنه شرط ، وإنما الشرط العلم ، وأما الإجتهاد فواجب غير شرط .

ابن عرفة جعل ابن زرقون كونه عالماً من القسم المستحب ، وكذا ابن رشد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالماً يسوغ له الإجتهاد . وقال عياض وابن العربي والمازري يشترط كونه عالماً مجتهداً أو مقلدا إن فقد المجتهد كشرط كونه مسلماً حراً ، ثم قال ابن العربي قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد ، ومع عدم المجتهد جائز ، ثم قال ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد ، وعياض مع ابن العربي ، والمازري قائلاً هو محكى أئمتنا عن المذهب ، ومع فقده جائز ، ومع وجوده المجتهد أولى اتفاقاً فيهما ا هـ ، فانظر كيف عزا لابن العربي عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد مع نقله قبل هذا قول ابن العربي قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد إلا أن يكون فهم من قوله جور وتعد أنها لا تصح فيصح كلامه، إلا أن الذي يتبادر للفهم من قوله جور وتعد أنها تصح مع التعدي والجور ، وعلى ما فهمه ابن عرفة يسقط الاعتراض عن المصنف ، إذ لعله فهم ذلك منه ، فعلم من هذا أن كلام المصنف ماش على ما عزاه ابن عرفة لعياض والمازري وابن العربي والله أعلم .

وقوله أمثل مقلد أشار به لقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب ، فإن لم يوجد مجتهد فمقلد إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقوال أهل المذهب ، ويعلم ما هو يجري على اصل إمامه مما ليس كذلك ، ومن لم

يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلافهم في جواز توليته القضاء . ابن عرفة إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى فصحيح ، وإن أراد مع فقده فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك .

(تنبيهات)

الأول : البساطي كلام المصنف يقتضي إمكان وجود المجتهد ، فإن عنى أنه مجتهد في مذهب مالك رضي الله تعالى عنه فقد يدعي أنه ممكن ، وإن أراد المجتهد في الأدلة فهذا غير ممكن ، وقول بعض الناس المازري وصل رتبة الإجتهاد كلام غير محقق ، لأن الإجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده وهو غير ممكن ، ولا بد فيه من التقليد ، وقول النووي ممكن غير محقق أيضا . الحط تأمل هذا مع اختلاف الأصوليين في إمكان خلو الزمان عن مجتهد ، وقول ابن عبد السلام ما أظنه انقطع بالمشرق وقد وجد منهم من نسب إلى الإجتهاد في حياة أشياخنا ، ومواد الإجتهاد في زمننا يسر منها في زمان المتقدمين لو أراد الله تعالى بنا الهداية ، ولكن لا بد من قبض العلم كما أخبر به الصادق ﷺ زاد في التوضيح لأن الأحاديث الصحيحة دونت ، وكذا تفسير القرآن العزيز ، وقد كان الرجل يرحل في سماع الحديث الواحد شهراً . فإن قيل يحتاج المجتهد إلى كونه عالماً بمواضع الإجماع والخلاف وهو متعذر في زمننا لكثرة المذاهب وتشعبها . قيل يكفيه أن يعلم أن المسألة ليست مجمعاً عليها ، إذ المقصود الاحتراز من خرق الإجماع وهذا متيسر ا هـ . ابن عرفة يسر الاجتهاد سمعت ابن عبد السلام يحكيه عن بعض الشيوخ ، إذ قراءة مثل الجزولية والمعالم الفقهية والأحكام الكبرى لعبد الحق ونحوها يكفي في تحصيل آلة الإجتهاد مع الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين ، ونحو صحاح الجوهري ، وغريب الحديث ، ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيق أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الامامة أو مقاربتها في العلوم المذكورة لا تشترط في الاجتهاد إجماعاً ، الفخر في محصوله والسراج في تحصيله والتاج في حاصله لو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد لكان قوله حجة ، فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد في عصرهم ، والفخر توفي سنة ست وستمائة ،

ولكن في الاستغناء انعقد الاجماع في زمننا على جواز تقليد الميت ، إذ لا مجتهد فيـه ، وقول البساطي لا بد من التقليد في صحة الحديث إن سلم فلا يمنع من صحة الاجتهاد ،والله أعلم ، أفاده الحط .

(فائدة)

في آخر خطبة البيان والتحصيل إذا جمع الطالب المقدمات إلى هذا الكتاب عني به البيان والتحصيل حصل على معرفة ما لا يسعه جهله من أصول الديانات واصول الفقـه ، وعرف العلم من طريقه واخذه من بابه وسبيله واحكم رد الفرع إلى الأصل ، واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ في المشكلات ، وحصل في درجة من يجب تقليده في النوازل المعضلات، ودخل في زمرة العلماء الذين أثنى الله تعالى عليهم في كثير من الآيات ووعدهم فيها بترفيع الدرجات .

الثاني : بقي على المصنف شرط وهو كونه واحـــداً ، نص عليه في المقدمات وتقدم عنها ، ونقله ابن شاس والقرافي ، واستوفى « غ » الكلام عليه عند قوله وجـــاز تعدد مستقل .

الثالث : في المقدمات يجب أن لا يولى القضاء من طلبه وإن اجتمعت فيه شروطـــه مخافة أن يوكل اليه فلا يقوم به ا هـ ، أراد إلا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ طلبـــه، وهذا في طلبه بغير بذل مال فكيف مع بذل المال نسأل الله تعالى العافيـــة والسلامة ، والظاهر أنه إذا طلبه فولى وهو جامع لشروطه فلا يجب عزله والله أعلم . القرطبي قوله ﷺ لا تسأل الإمارة ، نهي وظاهره التحريم ، ويدل عليه قوله ﷺ بعده إنا لا نولي على عملنا من أراده ، والله أعلم .

الرابع : السيوري إذا تخرج الناس من القضاء أو لم يوجد فيهم من هو اهله فجماعتهم يكفون في جميع ما وصفته وفي جميع الأشياء ، فيجتمع اهل الدين والفضل ويقومون مقام القاضي مع فقده في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك . الحط تقدم أن الجماعـــة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها .

الخامس : في النوادر إذا لم يوجد في جهة إلا غير العدول فأصلحهم وأقلهم فجوراً يرتب للشهادة عليهم ، ويلزم مثل هذا في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح ، وما أظن أحداً يخالف في هذا ، اذ التكليف مشروط بالإمكان ، واذا جاز نصب الفسقة شهوداً لعموم الفساد جاز التوسع في الحكام لمنع المظالم والله تعالى أعلم .

(وزيد) بكسر الزاي على الشروط السابقة للقضاء (ل) جواز تولية (الامام الأعظم) الخليفة عن رسول الله ﷺ في إمامة الصلوات الخمس والجمعة والعيدين والحكم بين المسلمين وحفظ الاسلام واقامة حدوده وجهاد الكفار والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فيشترط فيه العدالة والذكورة والفطنة والعلم ، ونائب فاعل زيد (قرشي) بضم القاف وفتح الراء واعجام الشين وشد الياء ، أي كونه منسوباً لقريش لكونه منهم لقوله ﷺ قدموا قريشاً ولا تقدموها ، وقوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش .

في الصحاح قريش قبيلة وأبوهم النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس ابن مضر ، فكل من كان من ولد النضر فهو قرشي دون ولد كنانة ومن فوقه ، وربما قالوا قريشي وهو القياس ا هـ ، وبعبارة قريش لقب فهر بن مالك بن النضر بن كنانة ، وقيل لقب النضر وعليه اقتصر غير واحد من أئمتنا ، العراقي :

أما قريش فالأصح فهر ... جماعها والأكثرون النضر

ولا يندب كونه عباسياً خلافاً للشارح وتت وعج ومن تبعهم ، ولا علوياً بالاجماع الصحابة «رض» على خلافة الصديق «رض» ، وهو من بني تيم الله بطن من قريش ، وعلى خلافة عمر «رض» ، وهو من بني عدي بطن من قريش أيضاً ، وعلى خلافة عثمان «رض» وهو من بني أمية بطن من قريش أيضاً ، وعلى خلافة علي «رض» وهو من بني هاشم بطن من قريش . وقول المصنف في باب الضحية وهل هو العباسي لم يرد به ندب كونه عباسياً وإن توهم ذلك منه الشارح ومن تبعه ، وإنما اختصر فيه قول اللخمي وغيره، وهل الامام

المعتبر سبقه الخليفة كالعباسي اليوم ا هـ، وقال ذلك لأنه كان في زمن بني العباس أفاده طفي. أبو محمد كل من ولي المسلمين عن رضا أو عن غلبة واشتدت وطأته من بر أو فاجر فـلا يخرج عليه عدل أو جار، ويغزى معه العدو ويحج البيت وتدفع اليه الصدقة وتجزى إذا طلبها وتصلى الجمعة خلفه .

(وحكم) القاضي المقلد (بقول مقلده) بضم الميم وفتح القاف واللام مشددة . ابن الحاجب يلزمه المصير إلى قول مقلده . وقيل لا يلزمه . ابن عبد السلام هـل يلزم المقلد الاقتصار على قول إمامه أم لا ، الأصل عدم اللزوم ، لأن المتقدمين لم يكونوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرون من سأل واحـداً منهم عن مسألة أن لا يسأل غيره ، لكن الأولى في حق القاضي لزوم طريقة واحدة وأنه إن قلد إماماً لا يعدل عنه لغيره ، لأن ذلك يؤدي لتهمته بالميـل ، ولـمـا جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين .

ابن فرحون يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه ، وقد بلغ المازري درجة الاجتهاد ولم يفت قط بغير المشهور ، وعاش ثلاثاً وثمانين سنة وكفى به قدوة، فإن لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح ، فقد قال ابن الصلاح في آداب المفتي والمستفتي من يكتفي بكون فتواه أو علمه موافقاً لقول أو وجه في المسألة . ويعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح ، فقد جهل وخرق الإجماع، فإذا وجد من ليس أهلاً للتخريج والترجيح اختلافاً بين أئمة المذهب في الأصح من القولين أو الوجهين فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهم ، فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعـلم ، فإن اختص كل واحد بصفة قدم من هو أحرى بالإصابة فالأعلم الورع يقـدم على الأورع والعالم ، وإذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أهل المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائليهما .

ابن فرحون وهذا الحكم جار في أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم ، ثم قال وأنواع

الترجيح معتبرة بالنسبة إلى أئمة المذهب ، قال ابن أبي زيد ان كتابه النوادر اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين ، قال ولا ينبغي الاختيار من الخلاف للمتعلم ولا للمقصر ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله اختيار المعتنيين من أصحابنا بذلك مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار ، ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز أكثرهم تكلفاً للاختيارات ، وابن حبيب لم يبلغ في اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا ، ثم نقل ابن فرحون عن كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ما نصه الحاكم إن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده ، وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به امامه .

وأما اتباع الهوى في القضاء والفتيا فحرام إجماعاً . نعم اختلف إذا تعارضت الادلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح فهل يتساقطان أو يتخار أحدهما يفتي به قولان ، فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده ، وهذا مقتضى الفقه والقواعد وليس اتباعاً للهوى . وأما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فبخلاف الإجماع ، وقال للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلتهما إجماعاً ، فتأمل هذا مع قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح اهـ ، كلام ابن فرحون . الحط فتحصل منه إذا تساوى القولان من كل وجه وعجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح فله أن يحكم أو يفتي باحد القولين .

ابن فرحون لا يجوز التساهل في الفتوى ومن عرف به لا يجوز استفتاؤه ، والتساهل يكون بان لا يثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر ، وقد يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز ، ولان يبطىء ولا يخطىء أجمل به أن يعجل فيضل ويضل ، وقد يكون تساهله بان تحمله الاغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبهة طلباً للترخيص على من يروم نفعه أو

التغليظ على من يروم ضرره . ابن الصلاح ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه ، وأما إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها المستفتي من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل . القرافي إذا كان في المسألة قولان أحدهما تشديد والآخر تخفيف فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد والخواص وولاة الأمور بالتخفيف فذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين ، ودليل على فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق نعوذ بالله تعالى من صفات الغافلين والحاكم كالمفتي في هذا .

(فـــرع)

إذا لم يوجد في النازلة نص فقال ابن العربي إن قاس على قول مقلده ، أو قال يجيء من كذا فهو متعد . خليل وفيه نظر والأقرب جوازه على مدارك إمامه . ابن عرفة إثر كلام ابن العربي . قلت يرد كلامه بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام، لأن الفرض عدم المجتهد لامتناع تولية المقلد مع وجوده ، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام ، وبأنه خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسه على أقوال مالك «رض» ومتأخريهم كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب ، ومن تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته وتخريجاته في تحصيله أقوالاً ، وقد عد ابن عرفة فتوى ابن عبد الرؤوف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالا ، ونقل لابن الطلاع قولا في المذهب وجعله مقابلا لقول ابن القصار .

الحط وكأن خليلا وابن عرفة لم يقفا على كلام القرافي في الذخيرة وبحثه مع ابن العربي ، ونصه بعد ذكر كلام ابن العربي قوله فإن قاس على قوله فهو متعد ، قال العلماء المقلد قسمان محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها ، فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه ،

وَنَفَذَ حُكْمُ : أَعْمَى ، وَأَبْكَمَ ، وَأَصَمَّ ، وَوَجَبَ عَزْلُهُ ، وَلَزِمَ
الْمُتَعَيِّنَ أَوِ الْخَائِفَ فِتْنَةً : إِنْ لَمْ يَتَوَلَّ ، أَوْ ضَيَاعَ الْحَقِّ :
الْقَبُولُ ، وَالطَّلَبُ ، وَأُجْبِرَ وَإِنْ بِضَرْبٍ ،

كما جاز للمجتهد المطلق وغير محيط فلا يجوز له التخريج لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة ، فينبغي أن يحمل قوله على القسم الثاني فيتجه وإلا فهو مشكل اه .

(ونفذ) بفتحات معجم الدال ، أي مضى (حكم) قاض (أعمى وأبكم وأصم)الواو بمعنى أو فيها ، وظاهره سواء ولي كذلك أو طرأ عليه بعدها (ووجب) على الإمام أو نائبه (عزله) أي الأعمى أو الأبكم أو الأصم عن القضاء . ابن رشد الخصال التي ليست مشترطة في صحة تولية القضاء إلا أن عدمها يوجب فسخ توليته أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً ، فإن ولي من لم تجتمع فيه وجب عزله متى عثر عليه ، ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً وفي التوضيح الصفة الثانية لا تشترط في صحة التولية ، ولكنه يجب كونه متصفاً بها وعدمها موجب لعزله ، وينفذ ما مضى من أحكامه .

(ولزم) القضاء الشخص (المتعين) له لانفراده بشروطه فيلزمه طلبه وقبوله ، ولا يجوز له الامتناع منه ، ووجب على الإمام توليته وإعانته على الحق(أو) الشخص(الخائف فتنة) بعدم توليه بين المسلمين أو في نفسه أو ماله أو عياله والحال أنه لم ينفرد بشروطه (أو) الخائف (ضياع الحق) على مستحقه بتولية غيره فيلزمه (القبول والطلب)لتوليته (و) إن امتنع المتعين من القبول (أجبر) بضم الهمز وكسر الموحدة على القبول بغير ضرب ، بل (وإن بضرب) قيل للامام مالك « رض » أيجبر بالسجن الضرب ، قال نعم ، أبو عمر إنما يجبر على القضاء من لم يوجد غيره يجبر بالسجن والضرب . ابن عرفة قبول ولاية القضاء من فروض الكفاية إن كان بالبلد عدد يصلحون لذلك ، فإن لم يكن من يصلح لذلك إلا واحد تعين عليه ، وأجبر على الدخول فيه . المازري يجب على من هو أهله السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق أو تولية من لا يحل أن يولى،وكذا إن ولي من لا تحل توليته ولا سبيل لعزله إلا بطلبه .

وَإِلَّا فَلَهُ ٱلْهَرَبُ ـ وَإِنْ عُيِّنَ ـ

(وإلا) أي وإن لم يتعين عليه ولم يخف فتنة ولا ضياع الحق (فله) أي من فيه شروطه (الهرب) بفتح الهاء والراء من توليته إن لم يعينه الإمام ، بل (وإن عين) بضم فكسر مثقلاً من الإمام لتولية القضاء . ابن رشد الهروب عن القضاء واجب وطلب السلامة منه لازم لا سيا في هذا الوقت فروض الكفاية كلها تتعين بتعيين الإمام إلاالقضاء لشدة خطره في الدين . ابن مرزوق هذا دليل علىأن ولايته من أعظم المحن حيث جازت له مخالفة الإمام هنا ، ولم تجز له في الجهاد المؤدي للموت . ابن شاس للامام إجباره وله هو أن يهرب بنفسه منه إلا أن يعلم تعينه له فيجب عليه القبول .

(تنبيهات)

الأول : إذا لزمه طلب القضاء فطلبه فمنع منة إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله الظاهر أنه لا يجوز لقولهم إنما يلزمه القبول إذا تعين علية إذا كان يعان على الحق وبذل المال في القضاء من أول الباطل الذي لم يعن على إبطاله ، فيحرم عليه حينئذ ، وقد يفهم من كلام ابن فرحون قاله الحط .

الثاني : روي عن النبي ﷺ ستحرصون على الإمارةوتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة ، فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل اليه وخيف عليه فيه الهلاك ، ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله تعالى عليه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال من طلب القضاء واستعان عليه وكل اليه ، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده ، وقال ﷺ لا تسأل الإمارة فإنك إن تؤتها عن غير مسألة تعن عليها وإن تؤتها عن مسألة توكل اليها .

الثالث : في وثائق الجزيري القضاء محنة وبلية ومن دخل فية فقد عرض نفسه للهلاك، لأن التخلص منه عسر ، فالهرب منه واجب لا سيا في هذا الوقت وطلبه نوك ، وإن كان حسبة قاله الشعبي ورخص فيه بعض الشافعية اذا خلصت النية بأن يكونقد وليهمن لا يرضى حاله، والأول أصح لقوله عليه السلام إنا لا نستعمل على عملنا من أراده اه ،في الصحاح

النوك بالضم الحمق ، قال قيس بن الخطيم :

وداء النوك ليس لـــه دواء

والنواكة الحماقـــة .

الرابع : ابن فرحون وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة ، وقال أبوالعباس في كتابه آداب القضاء من قبل القضاء بقبالة وأعطى عليــه رشوة فولايته باطلة وقضاؤه مردود ، وان كان قد حكم بحق وان أعطى رشوة على عزل قاض ليولى مكانـــه فكذلك أيضاً ، وان أعطاها على عزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هـو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول ، فإن كان عدلاً فأعطاه الرشوة على عزلـه حرام ولا ينعزل ويبقى على ولايته الا أن يكون من عزله تاب ورد الرشوة قبل عزلـــه ، وقضاء المستخلف أيضاً باطل الا أن يكون قبل الولاية فيصح قضاؤه ، فإن كان المعزول جائراً فلا يبطل قضاء المستخلف،قال أبو العباس قلت هذا تخريجاً على مذهب الشافعي والحنفي.

الخامس : لم يتعرض المصنف لما تنعقد به الولاية ، وقال ابن بشير في التحرير لانعقاد الولاية شروط العلم بشرائط الولاية في المولى ، فإن لم يعلمها الا بعد التقليد استأنفه الثاني ذكر المولى له من القضاء أو الإمارة فإن جهل فسدت ، الثالث ذكر البلد الذي عقدت الولاية عليه ليمتاز عن غيره .

السادس : القرطبي الألفاظ التي تنعقد بها الولاية صريح وكناية فالصريح أربعة الفاظ هي وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك ، والكناية ثمانية الفاظ وهي اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت اليك وجعلت اليك وفوضت اليك ووكلت اليك واستندت اليك وعهدت اليك ، وتحتاج الكناية الى أن يقترن بها ماينفي الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك .

السابع: ابن عرفة تثبت تولية الإمام قاضيه بإشهاده بها نصاً والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة بتواترها والقرائن على علم ذلك ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام أن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارىء ماليس في الكتاب ، ولو قرأه

الإمام صحت ، قلت سماع الإمام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم ضرورة بتوليته اياه ، ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع اهـ، قوله يقرأ على الإمام كذا في النسخة التي رأيت منه وهو الذي يقتضيه بحثه والذي في تبصرة ابن فرحون عن الإمام وهو الظاهر ، والله أعلم .

الثامن : ابن فرحون إذا كان المولى غائباً وقت توليته جاز قبوله على التراخي عند بلوغ التولية اليه ، وعلامة قبوله شروعه في العمل وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم الى وقتنا هذا .

التاسع : في الذخيرة قال الشافعية يجوز انعقاد ولاية القاضي بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه ، قالوا فان كانت التولية باللفظ مشافهـــة فالقبول على الفور لفظاً كالإيجاب ، وفي المراسلة يجوز التراخي بالقبول ،قالوا وفي القبول بالشروع في النظر خلاف، وقواعدنا تقتضي الجواز لأن المقصود هو الدلالة على ما في النفس .

العاشر : في الذخيرة الشافعية إذا انعقدت الولاية فلا يجب على المتولي النظر حتى تشيع ولا يته في عمله ليذعنوا له وهو شرط أيضاً في وجوب طاعته ، وقواعد الشريعة تقتضي ما قالوه ، فإن التمكن والعلم شرطان في التكليف فالشيوع يوجب له المكنة ولهم العلم .

الحادي عشر : ابن الحاجب للإمام أن يستخلف من يرى غير رأيـــه في الاجتهاد والتقليد ولو شرط عليه الحكم بمـــا يراه الإمام بطل الشرط ، وصحت التولية . خليل كالمالكي يولي شافعياً أو حنفياً ولو شرط ، أي الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له بطل الشرط وصح العقد قاله الطرطوشي . وقال غـيره العقد غير جائز ينبغي فسخه ورده، وهذا إذا كان القاضي مجتهداً وفرض المازري فيه المسألة قال وإن كان الإمام مقلداً وكان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد فلا يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك رضي الله تعالى عنه وأن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك «رض» لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهـل

وَحرُمَ لِجَاهِلٍ ، وَطَالِبِ دُنْيَا ، وَنُدِبَ لِيُشْهِرَ عِلْمَهُ :

الإقليم والبلد هذا الذي القاضي ولي عليهم ، وقد ولى سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة ، الباجي في سجلات قرطبة لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجد الطرطوشي هذا جهل عظيم منهم أراد أن الحق ليس في قول معين .

(وحرم) بفتح الحاء المهملة وضم الراء القضاء (ا)شخص (جاهل) الأولى لفاقد أهليته لأنه أكثر فائدة . المازري يحرم طلب القضاء على فاقد أهليته (و) حرم أيضاً على (طالب دينا) يجمعها به لجورة بسبب ذلك . ابن رشد يجب أن لا يولى القضاء من أراده. ابن فرحون يحرم طلبه على من قصد به الانتقام من أعدائه .

(وندب) بضم فكسر طلب وقبول تولية القضاء لصاحب علم خفي (ليشهر) بضم فسكون فكسر (علمه) للناس فيلتفعون به ، لأن الخامل لا يعبأ به ولا يلقى اليه ، سمع في المازري « ق » عن بعضهم يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولايته القضاء ولعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء . المازري ولا يقتصر بالاستحباب على هذين إذ يستحب للأولى به من غيره لأنه أعلم منه . ابن فرحون المازري يستحب لمن لم يتعين عليه ولكنه يرى أنه أنهض وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو يستحقه ولكنه دون هذا اه ، وإن قصد به دفع ضرر عن نفسه فعده ابن فرحون من المباح وعكس كلام المصنف ما إذا كان عدلاً مشهوراً ينفع الناس بعلمه وخاف أن تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك ، فيكره له طلبه وقبوله قاله في التوضيح .

ابن عرفة المازري في كونه في حق المشهور علمه الغني مكروهاً أو مباحا نظر ، وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه اه . ابن فرحون من المكروه أن يطلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس ، فهذا سعيه مكروه ، ولو قيل أنه حرام كان وجهه ظاهراً لقوله تعالى ﴿ تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً والعاقبة للمتقين ﴾ ابن عرفة هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديم من

لايحل تقديمه للشهادة ، وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به ، ولا فائـــدة في كتبه هنا ، والله أعلم .

وشبه في الندب فقال (ك)تولية (ورع) بفتح الواو و كسر الراء أي تارك الشبهات[1] خوف الوقوع في المحرمات ، والنزه هو الذي لا يطمع فيما عند الناس . في المقدمات عن عمر بن عبد العزيز «رض» في صفة القاضي أن يكون عالماً بالكتاب والسنة ذا نزاهـة عن الطمع . وفي الذخيرة ابن محرز لا يأتي بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمـة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما أيدي الناس وبالنصيحة يفارق حال من يريد الظلم ، ولا يبالي بوقوع الغش والغلط والخطأ ، وبالرحمة حـــال القاسي الذي لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم بالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق (غني) سحنون في كتاب ابنه إذا كان الرجل فقيراً وهو أعلم في البلد وأرضاهم استحق القضاء ، ولكن ينبغي أن لا يجلس له حتى يغنى ويقضى دينه .

المازري وهذه من المصلحة ، لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهـــم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء ، فإذا كان غنياً بعد ذلك اه ، زادابن الحاجب كونه بلدياً ولا يخاف في الله تعالى لومة لائم وترك المصنف الأول لقول ابن رشد وابن عبد السلام أن الولاة اليوم يرجحون غير البلدي على البلدي ، والثاني لقول ابن عبـد السلام الظاهر أنه راجع إلى النوع الأول لأن الخوف من لومة لائم راجع إلى الفسق .

(حليم) حسن الخلق يتحمل ما يقع بحضرته من الخصوم من غير انتهاك حرمـة الله تعالى لا يستفزه الغضب ولا يحمله على تعجيل العقوبة ما لم تنتهك حرمة الله تعالى (نزه)

---

(١) (قوله أي تارك الشبهات الخ) وهؤلاء هم الصالحون وأعلى منهـــم المتقون وهم التاركون الحلال البين المؤدي للشبهة ، وأعلى منهم الصديقون ، أي المعوضون عما سوى الله تعالى خوفاً من صرف ساعة من العمر فيما لا يزيـد القرب من الله تعالى وأدنى من الصالحين العدول التاركون المحرمات البينة وما يخل بالمروأة ، أفاده في الإحياء .

بفتح النون وكسر الزاي ، أي قنوع بما أعطاه الله تعالى لا يتطلع لما في أيدي الناس فيستوي عنده الأغنياء والفقراء . « غ » أي كامل المروأة . ابن موزوق أي مترفع عن الوقوع في الرذائل والطمع فيا في أيدي الناس. الجوهري النزاهة البعد عن السوء (نسيب) أي معروف النسب لئلا يتسارع إلى الطعن فيه حسداً على منصب القضاء .

ابن عرفة سحنون لا بأس بولاية ولد الزنا ولا يحكم في حده . الباجي الأظهر منعه لأن القضاء موضع رفعة فلا يليه ولد الزنا كالإمامة . أصبغ لا بأس أن يستفق من حد في الزنا إذا تاب ورضيت حالته وكان عالماً ، ويجوز حكمه وإن لم تجز شهادته فيه ، لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطأ،ولا تجوز شهادته ، وعزاه الباجي لأصبغ ومنعه سحنون قياساً على الشهادة .

(مستشير) للعلماء ولا يستقل برأيه أى شأنه ذلك خوف خطئه (بـلا دين) بفتح الدال المهملة عليه لأحد ، لأنه ذل بالنهار وهم بالليل كما في الحديث . ابن عبدالسلام الظاهر الاكتفاء بشرط الغنى عن شرط عدم الدين ، فإن وجود الدين مع الغنى بما يزيد عليه لا أثر له خليل ، وفيه نظر ، والظاهر خلافه (و)بلا (حد) في قذف أو غيره ، سواء قضى فيما حد فيه أو في غيره ، بخلاف الشاهد ، فإنه لا يقبل فيما حد فيه ، ويقبل في غيره،والفرق أن القضاء وصف زائد يعتبر فيه ما لا يعتبر في الشاهد ، وإذا تاب القاضي مما حد فيه فله الحكم فيه ، بخلاف الشاهد فلا تقبل شهادته فيما حد فيه ولو تاب ، وفرق بينهما باستناد حكم القاضي للبينة أو الإقرار ، فضعفت تهمته ، بخلاف الشاهد .

وعطف على دين فقال (و) بلا زائد (في الدهاء) بفتح الدال ممدوداً كذا ضبطه ابن قتيبة كالذكاء والعطاء ، وكذا في ضياء العلوم ، أي الفطانة لئلا يحمله على حكمه بالفراسة وعدم اعتبار البينة واليمين ، ولأنه يفهم من أحوال الخصوم ما لا يخطر ببالهم ، وقد عزل عمر رضي الله تعالى عنه زياداً لذلك . الطرطوشي ليس يحسن الزيادة في عقله المؤدية إلى الدهاء والمكر ، فإن هذا مذموم ، وقد عزل عمر رضي الله تعالى عنه زياد ابن

وَبِطَانَةِ سُوءٍ ، وَمَنْعُ ٱلرَّاكِبِينَ مَعَهُ ، وَٱلْمُصَاحِبِينَ لَــهُ ، وَتَخْفِيفُ ٱلْأَعْوَانِ ،

سمية وقال كرهت أن أحمل على فضل عقلك وكان من الدهاة . البساطي وقع لي مع بعض الحنفية وقد قرر فرقا بين مسألتين من الطلاق بشيء لا يفهمه الخواص الا بجهد ، فقلت له هذا لا يقع من عامة الناس الذين ليس في قدرتهم فهم هذا ولو قرر له طول عمره فتؤاخذه بما لا يخطر بباله ولا يقدر على تصوره فسكت .

(و) بلا (بطانة) بكسر الموحدة أى خلطاء (سوء) مثله لابن الحاجب . ابن عرفة الذى في المدونة أخص من هذا وهو أنه يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهــة فيستعين بهم ، وهذا أخص من كونه سليماً من بطانة السوء . وأمــا نفس السلامة من بطانة السوء فمقتضى قول أصبغ أنها من الشروط الواجبة . الشيخ عنه ينبغي للامــام أن يعزل من قضاته من يخشى عليه الضعف والوهن وبطانة السوء وإن أمن عليه الجور .

(و) ندب للقاضي (منع) الأشخاص (الراكبين) أى الذين يركبون (معه) أى القاضي (و) الأشخاص (المصاحبين له) أى القاضي لغير ضرورة ، إذ بكثرتهم تعظم نفسه ويهابه ذو الحاجة والضعيف والفقير فلا يصلون اليه ، ولاعتقاد كثير من الناس أنه لا يستوفي الحق منهم ولتوصل كثير من المبطلين بهم الى تنفيذ أغراضهم الفاسدة . ابن عرفة عن الأخوين لا ينبغي للقاضي أن يكثر الدخال عليه ولا الركاب معه ولا المستخلين معه في غير حاجة كانت منه بهم قبل ذلك إلا أن يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل فلا بأس بهم ، ويمنع أهل الركوب معه في غير حاجة ولا رفع مظلمة ولا خصومة .

(و) ندب (تخفيف الأعوان) لذلك ، ولأنه لم يكن لرسول الله ﷺ أعوان ولا لأبي بكر ولا لعمر رضي الله تعالى عنهما . وفي سماع الأخوين يتقدم الى أعوانه ، ولو استغنى عنهم كان أحب الي ، ولم يكن لأبي بكر ولا لعمر أعوان رضي الله تعالى عنهما ، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يطوف وحــده الا ان يضطر الى الأعوان فليخفف ما استطاع ويقام من مجلسه من جلس فيه مدعيا انه يريد أن يتعلم كيفية القضاء بين الناس ، لأنه

وَٱتِّخَاذُ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يُقَالُ فِي سِيرَتِهِ وَحُكْمِهِ وَشُهُودِهِ ، وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ ،

من حيل مشاكلي الناس إلا من كان مأموناً مرضياً .

(و) ندب (اتخاذ من) أي عدل (يخبره) أي العدل القاضي (بما) أي القول الذي (يقال) من الناس (في سيرته) بكسر السين المهملة ، أي حالة القاضي (وحكمه) فإن كان خيراً حمد الله تعالى ودام عليه ، وإن كان شراً تاب منه إن وقع وإلا بين وجهه وأبعد تهمته عن نفسه . ابن عبد الحكم ينبغي ان يجعل رجالاً عدولاً يثق بهم ينقلون اليه ما ينقم الناس عليه من خلق أو حكم أو قبول شاهد أو رده ويفحص عن ذلك ويرجع عما يجب عليه الرجوع عنه ، فإن له في البحث عن ذلك منفعة له وللمسلمين .

(و) في (شهوده) أي القاضي المرتبين لسماع الدعاوي وتسجيلها ليكون على بصيرة فيهم فيبقى عدولهم وأخيارهم وصلحاءهم ويطرد خلافهم . أشهب ينبغي للقاضي اتخاذ رجل صالح مأمون متنبه أو رجلين بهذه الصفة يسأل عن الشهود في السر في مساكنهم وأعمالهم . سحنون يتخذ لذلك من هو منه على يقين من حسن نظره في دينه وإن كانا رجلين فهو أحسن . اللخمي ينبغي أن لا يعرف مكشف القاضي لأن فيه فساداً . أشهب لا ينبغي للمكشف أن يسأل رجلا واحداً أو اثنين ، وليسأل ثلاثة فأكثر إن قدر ، ومثله لابن حبيب عن الأخوين أشهب خوف أن يزكيه أهل وده أو يجرحه عدوه . ابن شعبان يتفقد من يركب خلفه لئلا يدلس بهم على الناس أو يدلسوا ولا يقبل الأسرار إلا من الأخيار ، ولا يطرق له إذا ركب ولا يسرع المسير ، فإنه يذهب ببهاء الوجه .

(و) ندب (تأديب من) أي الشخص الذى (أساء) أي تعدى (عليه) أي القاضى بمجلس حكمه بقوله له ظلمتني أو جرت علي . ابن عبد السلام وظاهر كلام الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أنه واجب ، ويستند فيه لعلمه فيؤدبه ، وإن لم تشهد عليه بينة . أما من أساءه في غير مجلسه وأراد تأديبه فلا يؤدبه بنفسه ، وليرفعه لقاض آخر ، ويقيم عليه البينة إن أنكرها سمع . ابن القاسم أرأيت من قال للقاضي ظلمتني قال إنه يختلف ولم

نجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قال إنه إن أراد أذاه والقاضي من أهل الفضل عاقبه وما نزل ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد .

ابن رشد للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه والعقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن نسبه للظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه ، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه وهو غائب بلا مواجهة ، لأن مواجهته من قبيل الإقرار له ، وله الحكم بالاقرار على من انتهك ماله ، وإذا كان له الحكم بالاقرار فيما له الحكم لغيره كان أحرى أن يحكم بالاقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما فى ذلك من الحق لله تعالى ، لأن الاجتراء على الحكام بمثل هذا توهين لهم ، فالمعاقبة فيه أولى من التجافي وهو دليل قوله وما نزل ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الالداد ، وكذا قال ابن حبيب العقوبة في هذا أولى من العفو .

(إلا في مثل) قول بعض المتحاكمين للقاضي (اتق الله في أمري) أو اذكر وقوفك بين يدي الله تعالى للقضاء بينك وبين الناس مما فيه إشارة للاساءة فلا يؤدبه (وليرفق) القاضي وجوباً بفتح الياء والفاء (به) أى من قال له اتق الله في أمري ، ويقل له رزقني الله وإياك تقواه ، وذكرنا الوقوف بين يديه تعالى لفصل القضاء .

ابن عبد الحكم إن قيل للقاضي اتق الله تعالى فلا ينبغي له أن يضيق صدره لهذا ولا يكثر عليه وليتثبت ، ويجيبه جواباً ليناً بقوله رزقني الله تعالى تقواه وما أمرتني إلا بخير ، ومن تقوى الله تعالى أن آخذ منك الحق إذا بان عندك ولا يظهر له غضباً .

(و) يؤدب من أساء (على خصمه) في مجلس قضائه بقوله له يا ظالم أو يا فاجر. ابن عرفة ابن حبيب عن الأخوين إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع اليه بغير حجة بقوله له يا ظالم أو يا فاجر فعليه زجره وضربه إلا ذا مروأة في فلتة فلا يضربه ، لأنه إن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم . قلت ظاهره انحصار الحق للخصم ، والحق أن فيه حقاً لله تعالى لأنها إهانة لمجلس الشرع ، وسمع ابن القاسم إن

ألد أحد الخصمين بصاحبه وتبين ذلك ونهاه فللقاضي أن يعاقبه . ابن رشد لأن الداده إذاية وإضرار فيجب على القاضي كفه عنه وعقابه عليه بما يراه ، ومثله في سماع أشهب وأصبغ .

قلت في حفظي عن بعضهم إن قال لخصمه ظلمتني أو غصبتني ونحوه بصيغة الماضي فلا شيء عليه ، وإن قال له يا ظالم ونحوه بصيغة اسم الفاعل أدب إن لم ينزجر ، ثم قال ابن عرفة الشيخ لابن سحنون عنه إن قال لمن شهد عليه شهدت علي بزور أو بما يسألك الله تعالى عنه أو ما أنت من أهل الدين ولا من أهل العدالة لم يكن من ذلك لأهل الفضل ، ويؤدب المعروف بالإذاية بقدر جرمه وقدر الرجل المنتهك منه وبقدر الشاتم في إيذائه الناس ، وإن كان من أهل الفضل وكان ذلك منه فلتة تجافى عنه ، ولابن كنانة إن قال شهدت علي بزور فإن عنى أنه شهد عليه بباطل فلا يعاقب ، وإن قصد أذاه والشهرة به نكل بقدر حال الشاهد والمشهود عليه .

(و) إذا ولى الإمام قاضياً في بلد مخصوص ولم يأذن له في استخلافه ولم يمنعه منه (لم يستخلف) القاضي قاضياً آخر ينوب عنه في الحكم (إلا لوسع) بضم الواو ، أي اتساع (عمله) بفتح العين والميم ، أي البلاد التي ولي للقضاء فيها فيستخلف قاضياً يقضي نيابة عنه (في جهة بعدت) عن بلده الذي هو به . «ق» المتيطي إذا كان نظر القاضي واسعاً وأقطار مصره متنائية فلا يرفع الخصوم إلى مصره إلا فيما قرب من الأميال القريبة ، لأن ما بعد يشق على الناس ويقدم في الجهات البعيدة حكاماً ينظرون للناس في أحكامهم ، هذا هو المشهور من المذهب ، ومنع من ذلك ابن عبد الحكم إلا باذن الإمام . وقال ابن وهب إن كان الإمام عدلا فلا يجوز لأحد أن يبارز العدو إلا باذنه وإن كان غير عدل فليبارز وليقاتل بغير إذنه .

ابن رشد هذا كما قال إن كان غير عدل فلا يلزم استئذانه في مبارزة ولا قتال ، قال وإنما يفترق العدل من غير العدل في الاستئذان له لا في طاعته إذا أمر بشيء أو نهى عنه ثم

مَنْ عَلِمَ مَا ٱسْتَخْلَفَ فِيهِ ، وَٱنْعَزَلَ بِمَوْتِهِ ، لَا هُوَ بِمَوْتِ ٱلْأَمِيرِ ، وَلَوِ ٱلْخَلِيفَةَ .

واجب على الرجل طاعة الإمام فيما أحب أو كره وإن كان غير عدل ما لم يأمر بمعصية. ابن عبد السلام اذا نهى الامام عن الاستخلاف فيتفق على منعه ، وان أذن فيه فيتفق على جوازه . وفي النوادر اذا كان الاستخلاف بإذن الخليفة فلا نبالي ، كان القاضي حاضراً أو غائباً وكان الامام ولي قاضيين أحدهما فوق صاحبه وإن تجرد العقد عن الإذن وعدمه ، فقال سحنون ليس له الاستخلاف وإن مرض أو سافر . وقال مطرف وابن الماجشون له ذلك اذا مرض أو سافر .

خليل ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الأول هو المذهب ، أي لكونه صدر به وهو ظاهر إطلاقه هنا ، وظاهره أنــــه يتفق على منعه اذا عدم المرض والسفر ، ثم قال في التوضيح عن ابن راشد هذا اذا استخلف في البلد الذي هو فيه أمـــا إن كان عمله واسعاً فأراد أن يقدم في الجهات البعيدة فالمشهور الجواز ، وقال ابن عبد الحكم لا يجوز إلا باذن الخليفة . المازري وعلى قول سحنون ان استخلف فقضي المستخلف فلا ينفذ الا أن ينفذه القاضي الذي استخلفه ويستخلف في الجهة البعيدة .

(من) أي الذي (علم ما استخلف فيه) من أبواب الفقه من نكاح أو بيع أو قرض أو غيرها ولا يشترط علمــه بجميع أبواب الفقه الا اذا استخلف في جميعها . ابن شاس يشترط في خليفته صفات القضاة الا اذ لم يفوض له الا سماع الشهادة والنقل فلا يشترط من العلم الا معرفة ذلك القدر ، ابن الحاجب يشترط علمه بما يستخلف فيه (وانعزل) المستخلف بفتح اللام (بموته) أي مستخلفه بكسرها ، لأنه كوكيله . ابن شاس لو مات القاضي وقد استخلف مكانه رجلاً وقال له سد مكاني ونفذ مـــا كنت صدرت فيه للقضاء واقض فلا قضاء له ولا سلطان ، وليس للقاضي أن يستخلف بعد موته (لا) ينعزل (هو) أي القاضي (بموت الأمير) الذي قدم القاضي ان كان الأمير غير الخليفة ، بل (ولو) كان (الخليفة) .

المتيطي اذا مات الامام الذي تؤدى اليه الطاعة وقد قدم قضاة وحكاما وولي الأمر غيره وقضى الحكام الذين قدمهم الميت أو القضاة بقضايا بين موت الامام الأول وقيام الثاني وبعد قيامه وقبل تنفيذه اليهم الولاية وتمضيته لهم الحكومة فيا قضوا في الفترة وحكموا فيه فأقضيتهم نافذة وأحكامهم جائزة وسجلاتهم ماضية ، وهم بمنزلة ولاة الأيتام يقدمهم القاضي على النظر للأيتام ، ثم يموت القاضي أو يعزل فتقديمه لهم ماض وفعلهم جائز لا يحتاج الى أن يمضيه القاضي الذي ولي بعده .

أصبغ لا ينعزل القاضي بموت موليه كان الامام او أميره . ابن الحاجب اذا مات المستخلف ، خليل بكسر اللام ، لم ينعزل مستخلفه ، خليل بفتحها ، وظاهره الاطلاق فيتناول الامام والأمير والقاضي وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه ، فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب . ابن رشد ولم أعلمهم اختلفوا فيه . ابن عبد السلام وعندي ان ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان القاضي استنابه بمقتضى الولاية على القول بانه له ذلك ، وأما ان استناب رجلاً معيناً باذن الأمير او الخليفة فينبغي ان لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي ولو أذن في النيابة اذناً مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ، ففي انعزاله بموت القاضي نظر. خليل انظر الفرق بين نائب القاضي في انعزاله بموت القاضي وبين نائب الأمير في عدم انعزاله بموت الأمير ، وقد استشكله فضل وغيره اه .

ابن مرزوق لم أطلع على هذا النقل ، وذكر ما يفيد أن القول بأن من ولاه القاضي لا ينعزل بموت القاضي ولا بعزله ، اقتصر عليه المتيطي وابن شاس ، ومقتضى كلامه ترجيحه وهو الموافق لظاهر كلام ابن الحاجب وأن ما ذكره المصنف تبع فيه ابن عبد السلام ، وهو مأخوذ من كلام ابن الماجشون . وذكر ابن عرفة أنه مأخوذ من كلام أصبغ ، ونصه المازري ، ذكر أصحاب الشافعي «رض» إن ولى القاضي رجلاً على أمر معين كسماع بينة انعزل عن ذلك بانعزال القاضي ، وإن ولاه حكومة مستقلة ففي انعزاله

بانعزاله ، ثالثها إن لم يكن باذن من ولاه . قلت لم يعز شيئاً منها للمذهب ، ومفهوم ما تقدم لأصبغ انعزال نائب القاضي في حكم بموته أو عزله .

البرزلي سئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب إلى الأمير الأعلى في تقديم قاض وعنى رجلا فكتب اليه بتوليته ففعل وكتب له صكاً بتقديمه على أمر الأمير الأعلى ، فحكم بذلك ثم ولى صاحب مناكح فحكم بطول حياة القاضي وهو بعلم الأمير فمات القاضي وبقي صاحب المناكح على خطته وطريقه من شهادة الفقهاء عنده والإعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق فهل تمضي أحكامه بعد موت القاضي أو تفسخ فأجاب لا تنقص أحكامه بموت القاضي وهو على خطته حتى يعزله من يولى بعد موت الأول وفعله جائز صحيح .

(و) إذا حكم القاضي بين اثنين ثم عزل وولي غيره فرفع أحدهما للقاضي الجديد ، وأنكر حكم المعزول فـ (لا تقبل) بضم الفوقية وفتح الموحدة (شهادته) أي القاضي المعزول (بعده) أي عزله (انه قضى) بينهما (بكذا) قبل عزله ولو شهد معه آخر لأنها شهادة على فعل نفسه . ابن الحاجب لو قال بعد العزل قضيت بكذا أو أشهد بأنه قضى فلا يقبل . ابن عرفة مفهوم قوله بعد العزل أنه قبل العزل يقبل قوله مطلقاً وليس كذلك سمع ابن القاسم شهادة القاضي بقضاء قضى به وهو معزول أو غير معزول لاتقبل. ابن رشد في هذه المسألة معنى خفي وهو أن قول القاضي قبل عزله قضيت بكذا لا يقبل إن كان بمعنى الشهادة كتخاصم رجلين عند قاض فيحتج أحدهما بان قاضي بلد كذا قضى لي بكذا ، أو ثبت عنده كذا فيسأله البينة على ذلك فيأتيه بكتابة من عنده أني حكمت لفلان او انه ثبت عندي لفلان كذا ، فهذه لا تجوز لإنه شاهد ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي فقال له خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي به عليه فخاطبه بذلك قبل ذلك لأنه مخبر لا شاهد كما يقبل قوله وينفذ فيما يسجل به على نفسه ، ويشهد به من الأحكام ما دام في قضائه .

(وجاز تعدد) قاض (مستقل) بضم الميم وكسر القاف (عام) أي منفرد كل قاض

أَوْ خَاصٌ بِنَاحِيَةٍ ، أَوْ نَوْعٍ ؛

بالحكم في جميع مملكة الإمام الذي ولاه وجميع أنواع المعامـــلات (أو) تعدد مستقل (خاص بناحية) أي جهة من مملكة من ولاه (أو) تعدد مستقل خــاص بـ (نوع) من أنواع الفقه كالنكاح أو البيع ومفهوم مستقل أنه لا يجوز تولية متعدد مشترك في الحكم وهو كذلك لما تقدم أن من شروط صحة التولية اتحاد المولى. ابن عرفة تجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص كل منهما بناحية من البلد أو نوع من المحكوم فيه ، لأن هذه الولاية يصح التخصيص فيها والتحجير . فلو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معين صح ذلك. ابن فتحون وينفرد القضاة في بعض البلاد بخطة المناكح فيولاها على حدة .

ابن عرفة كما في بلاد تونس قديماً وحديثاً من تخصيص أحـــدهما بالنكاح ومتعلقاته ، والآخر بما سوى ذلك ، قال وكذا على عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه ومنعه بعض النـــاس بمقتضى السياسة خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم ، ومقتضى أصول الشرع جوازه ، لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه ولو تعدد ، والتنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب وإن تطالبا قضى لكل منهما فيما هو فيـــه طالب بمن يريده ، فإن تنازعا في التبدئة بدىء الأول ، فإن اقـــترنا ففي القرعة وترجيح من دعى إلى الأقرب خلاف .

واستدل على جواز التعدد بالقياس على جواز توليه الواحد لبقاء حكم الإمـام معه ، وفرق بيسر رفع التنازع عند اختلاف حكمهما بعزل الإمام قاضيه وتعـــذر عزل أحد القاضيين الآخر وتعددهما بشرط وقف نفوذ حكمهما على اتفاقهما منعه ابن شعبان ، وقال لا يكون الحاكم نصف حاكم وغلا فيه الباجي فادعى الإجمـاع على منعه ، وأجـاب عن الاعتراض بتعدد حكمي الصيد والزوجين بأنهما إن اختلفا انتقل لغـيرهما والقاضيان هما بولاية لا يصح التنقل فيها بعد انعقادها ، واختــلافهما يؤدي لتضييع الأحكام ، والغالب اختلاف المجتهدين وإن كانا مقلدين فولاية المقلد ممنوعة ، المازري وعندي أنه لا يقوم على المنع إن اقتضى ذلك مصلحة ودعت اليـه ضرورة في نازلة رأي الإمـــام أنه لا ترتفع

التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها ، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرهما.

قلت منع الباجي وابن شعبان إنما هو في تولية قاضيين ولاية مطلقة لا في مسألةجزئية كما فرضه المازري ، قال وذكر أبو الوليد أنه ولي في بعض بلاد الاندلس ثلاثة قضاة على هذه الصفة ولم ينكرها من كان بذلك البلد من فقهائه ، وقال ابن عرفة قبل هذا بنحو ورقتين ، وكونه واحداً عده عياض من الشروط الثانية وهو أظهر ، لأن مانع التعدد دائماً هو خوف تناقضهما ولا يتصور إضافة الحكم لهما إلا مع اتفاقهما ، فيجب حينئذ إمضاؤه لانتفاء علة المنع ، ولا معنى لكونه من الشروط الثانية إلا هذا . ووجه قول ابن رشد أن منع تعددهما إنما هو معلل بأنه مظنة لاختلافهما لا بعين اختلافهما ، والتعليل بالمظنة لا يبطل بانتفاء مظنونهما في بعض الصور على ما ذكره الأصوليون ، ومسائل المذهب تدل على اختلاف في ذلك كمسألة استثناء جلد الشاة المبيعة في السفر إذا كان له قيمة وغيرها من المسائل .

واستدل الباجي على منعه بالاجماع وبتأديته إلى تعطيل الأحكام لاختلاف المذاهب وغالب الآراء ، قال ولا يعترض هذا بحكمي الصيد والزوجين لأنهما إن اختلفا تيسر الإنتقال عنهما لغيرهما ، وهذا في القضاء متعذر. المازري لا مانع من تعددهما في نازلة معينة إن دعت لذلك ضرورة، فإن اختلفا نظر السلطان في ذلك ويستظهر بغيرهما ، وذكر الباجي أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة بهذه الصفة ولم ينكر فقهاء ذلك البلد ، المازري قد يظهر وجه المصلحة في ذلك في قصص خاصة ، وأما في قصص عامة فينظر في ذلك . قلت إنما الكلام في القضاء العام ، وأما في نازلة معينة يوقف نفوذ الحكم فيها على اتفاقهما ، فما أظنهم يختلفون فيها ، وهذه نوع قضية تحكيم رجلين ، وقد فعله علي ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم اهـ .

(د) إن تعدد القضاة المستقلون وتنازع الخصمان في الرفع ، وأراد أحدهما الرفع إلى قاض والآخر الرفع إلى غيره ف(القول للطالب) ابن عرفة وتعددهما في بلد واحد كل واحد

مستقل بالقضاء في جهة معينة أو نوع خاص فذلك جائز . المازري فإن ادعى أحد الخصمين لغير من ادعى اليه الآخر قدم الأسبق ، فإن تساويا أقرع بينهما ، وقيل يقدم الأقرب مسافة لمن دعي إلى الحكم عنده (ثم) إن تطالبا فالقول ا(من سبق رسوله) المازري لو فرضنا الخصمين جميعاً طالبين كل منهما يطلب صاحبه فلكل واحد منهما أن يطلب حقه عند من شاء ، فإن اختلفا فيمن يبتدىء بالطلب وفيمن يذهبان اليه من القاضيين حيث لا سابق من رسل القاضيين ، وإن لم يكن لأحدهما ترجيح بسبق الطلب على الآخر ولا بغير ذلك أقرع بينهما . ابن عرفة إن تطالبا قضى لكل منهما فيما هو فيه طالب بمن يريده ، فإن تنازعا في التبدئة بدىء الأول (وإلا) أي وإن لم يسبق رسول أحدهما بأن استويا في المجيء (أقرع) بضم الهمز وكسر الراء (بينهما) ابن عرفة فان اقترنا ففي القرعة وترجيح من دعى إلى الأقرب خلاف ، وشبه في تقديم الطالب ثم القرعة فقال (كالادعاء) أي ذكر الدعوى للقاضي فيقدم الطالب بالكلام ، فإن تطالبا فالقرعة أيهما يتكلم أولاً .

(و) جاز (تحكيم) رجل (غير خصم) أي أحد الخصمين، لأن الشخص لا يحكم لنفسه ولا عليها . « ق » فيها مع غيرها لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بيناً . ابن عرفة ظاهره ولو كان مخالفاً لما عند القاضي . ابن حارث عن سحنون عن ابن القاسم ليس له فسخه إن خالف رأيه . المازري تحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما ابن عرفة ظاهر قولها جوازه ابتداء ، ولفظ الروايات إنما هو بعد الوقوع . ابن الحاجب لو حكم خصمه فثالثها يمضي ما لم يكن الحكم القاضي .

ابن عبد السلام هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد ، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماض ، وحكى بعضهم أنه يمضي لكنه لم يتعرض لنفي الخلاف ، ونقله في التوضيح وجزم ابن فرحون في تبصرته بالجواز ، فقال مسألة إذا

وَجَاهِلٍ ، وكَافِرٍ ، وغَيْرِ مُمَيِّزٍ : فِي مَالٍ ، وَجَرْحٍ . لَا حَـــدٍّ ، وَلِعَانٍ ، وقَتْلٍ ، وَوَلَاءٍ وَنَسَبٍ وطَلَاقٍ ،

حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز، ومضى ما لم يكن جوراً بيناً، وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضي . أصبغ لا أحب ذلك ، فان وقع مضى وليذكر في تسجيله رضاه بالتحاكم اليه. وقيل لا يجوز حكمه لنفسه وقيل يجوز اه.

الحط ظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع ، وانظر هل يجوز ابتداء ، وانظر قول ابن فرحون جاز ومضى هل معناه جاز ابتداء أو بعد الوقوع . ابن عرفة في جـواز تحكيم الخصم خصمه مطلقاً وكراهته إن كان القاضي ثالثها لا ينفذ حكمه إن كان القاضي لنقل المازري عن المذهب والشيخ عن أصبغ ، وظاهر قول الأخوين ، وظاهر كلام ابن عرفة وابن فرحون ترجيح جوازه ابتداء . البناني وعلى كل فعلى المصنف درك في التقييد بغير خصم ، لأن تحكيم الخصم على جوازه ابتداء أو بعد وقوعه مساو لتحكيم غيره .

(وغير جاهل) اللخمي إنما يجوز التحكيم لعدل مجتهد أو عامي يحكم باسترشاد العلماء (و) غير (كافر) اللخمي اتفقت أقوال من يذكر بعد على أن لا يحكم جاهل بالحكم ، لأنه تخاطر ولا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا موسوس اتفاقاً . ابن رشد أشار واللخمي والمازري إلى أن الجاهل يتفق على بطلان حكمه لأن تحكيمه خطر وغرر (و) لا يجوز تحكيم شخص (غير مميز) لجنون أو وسوسة أو إغماء . البناني وهـذا مستغنى عنه بقوله قبله وجاهل . قلت وكذا قوله كافر ويجوز التحكيم للعدل العالم (في مال وجرح) ابن عرفة ظاهر الروايات أنه إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه . اللخمي وغيره إنما يصح في الأموال وما في معناها (لا) يجوز التحكيم في (حد) لقذف أو زنا أو سرقة أو سكر (و)لا في (قتل) لقاتل أو تارك صلاة (و) لا في (لعان) سحنون ولا ينبغي في لعان ولا حد إنما هما لقضاة الأمصار العظام . أصبغ ولا في قصاص ولا حد قذف ولا طلاق ولا عتق ولا نسب ولا ولاء لأنها للإمام (و) لا في (ولاء) بفتح الواو ممدوداً على عتيق (و)لا في (نسب) لأب (و)لا في(طلاق) (و) لا في

وَعِتْقٍ ، ومَضَى ، إنْ حَكَمَ صَوَاباً ، وَأُدِّبَ ، وصَبِيٌّ ، وَعَبْدٍ ، وامْرَأَةٍ ، وفَاسِقٍ . ثَالِثُهَا ، إلَّا الصَّبِيُّ ، ورَابِعُهَا : إلَّا وفَاسِقٍ ؛

(عتق)لخطر هذه المسائل وتعلق حق غير الخصمين بها إما لله تعالى كالطلاق والعتق،وإما لآدمي كحق الولد في اللعان والنسب والعصبة في الولاء .

(ومضى) حكم المحكم في حد أو قتل أو لعان أو ولاء أو نسب أو طلاق أوعتق فلا ينقضه الإمام ولا القاضي (إن حكم) المحكم في شيء منها حكماً (صواباً وأدب) بضم الهمز وكسر الدال مثقلة المحكم إن أنفذ حكمه بأن قتل أو ضرب الحد . أصبغ إن حكماه فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه أنفذ السلطان حكمه في القود والحد ونهاه عن العود، وإن كان هو أقام ذلك فقتل واقتص وضرب الحد زجره الإمام وأدبه وأمضى صواب حكمه . الحط ظاهر كلام المصنف أنه يؤدب ، سواء أنفذ الحكم أو لم ينفذه بنفسه ، وحكم به ورفعه إلى القاضي لينفذه ، والذي في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة والذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ ما حكم به بنفسه ،أما لو حكم ولم ينفذ فان القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العود ولا يؤدبه ونص التوضيح أصبغ إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه ، فان القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة . ابن عبد السلام ويقيم الحد وغيره ، ثم قال في التوضيح وإن فعل ذلك المحكم بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع الى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صواباً من حكمه اه ، ونقله القرافي وغيره عن سحنون .

(وفي) صحة حكم (صبي) مميز محكم (وعبد وفاسق وامرأة) لأصبغ وعدمها لمطرف (ثالثها) أي الأقوال صحته منهم (الا الصبي) فلا يصح حكمه لعدم تكليفه لأشهب(ورابعها)أي الأقوال صحته منهم الا الصبي(وفاسقاً)فلا يصح حكمهما لعبدالملك. « ق » أشهب إن حكما امرأة فحكمها ماض إذا كان مما اختلف فيه ، وكذلك العبد ، وقاله أصبغ . ابن حبيب وبه أخذ أصبغ وكذلك المسخوط إذا أصاب والمحدود والصبي إذا عقل وعلم رب غلام لم يبلغ علم بالسنة والقضاء . سحنون لو حكما مسخوطاً أو امرأة

وَضَرْبُ خَصْمٍ لَدٍّ ، وَعَزْلُهُ لِمَصْلَحَةٍ ، وَلَمْ يَنْبَغِ ، إِنْ شُهِرَ عَدْلاً بِمُجَرَّدِ شَكِيَّةٍ

أو عبداً فحكم بينهما فحكمه باطل وفي الواضحة وكذلك الصبي أشهب تحكيم الصبي والمسخوط لغو بخلاف المرأة والعبد .

(و) جاز للقاضي (ضرب خصم لد) بفتح اللام والدال مثقلة ، أي تبين لدده بتأخير ما عليه مع قدرته على دفعه . ابن ناجي يأمر أعوانه به ولو ضربه بيده جاز ، سمع ابن القاسم إن لد أحد الخصمين بصاحبه وتبين ذلك فللقاضي أن يعاقبه . ابن رشد لأن لدده إذاية وإضرار فيجب على الامام كفه وعقابه عليه بما يراه فيها لا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لدده . أبو الحسن معناه إذا ثبت ببينة ، إذ لا يقضى بعلمه إلا في التعديل والتجريح . ابن فرحون في الأمور التي تنبغي للقاضي مع الخصوم ، منها أن الغريم دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلاً ، فإن تغيب شد القاضي عليه في الطلب وأجرة الرسول على الطالب ، فإن تغيب المطلوب وتبين لدده فالأجرة عليه . وفي مفيد الحكام لابن هشام من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب يضرب أربعين . ومنها أنه ينبغي له أن يمنع من رفع الصوت عنده ، فإنه يبرمه ويضجره ويحيره .

(و) للخليفة أو الأمير (عزله) أي القاضي (لمصلحة) ككون غيره أقوى أو أحكم أو لنقله لبلد آخر مثلاً (ولم) الأولى لا (ينبغي) عزله (إن شهر) بضم فكسر القاضي حال كونه (عدلاً) أي إن اشتهرت عدالته (بمجرد شكية) أي بشكيه مجردة عن الثبوت ولو وجد بدلاً منه ، لأن في ذلك إفساداً لقضايا الناس قاله مطرف . المتيطي ينبغي للامام أن يتفقد أحوال قضاته وأمور حكامه وولاته ، ويتتبع أحكامهم ويتفقد قضاياهم ، فإنهم سنام أموره ورأس سلطانه ، ويسأل عنهم أهل الصلاح والفضل ، فإن كانوا على ما يجب أقرهم ، وإن تشكى بهم عزلهم ، وإن كانوا مشهورين بالعدل والصلاح وقد عزل عمر رضي الله تعالى عنه سعداً رضي الله تعالى عنه ، وقال عمر رضي الله تعالى عنه والله لا يسألني قوم عزل أميرهم ويشكونه إلا عزلته عنهم مع علمه رضي الله تعالى

عنه . مطرف ليس للسلطان أن يعزل قاضيه بالشكية إذا كان عدلاً وإن وجد منه بدلاً .
ابن عرفة يجب تفقد الامام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فوراً ومن
يخشى منه مفسدة استحباباً ومن غيره أولى منه عزله راجح .

(وليبرىء) الامام أو الأمير من عزله (عن غير سخط) أصبغ لا بأس إذا عزله أن
يخبر الناس ببراءته كما فعل عمر رضي الله تعالى عنه بشرحبيل رضي الله تعالى عنه فقال له
أعن سخط عزلتني ، قال لا ، ولكن وجدت من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملنا
منك فلم ار يحل لي إلا ذلك ، فقال يا أمير المؤمنين إن عزلتك عيب فأخبر الناس بأمري
ففعل ، فإن عم التشكي بالقاضي عزله وأوقفه للناس بعد ذلك فيأتي كل أحد بمظلمته
وشكواه . الحط مفهوم قوله إن شهر عدلاً أن غير المشهور عدالته يعزل بمجرد الشكية ،
وحكى ابن عرفة ثلاثة أقوال ، ونصه وعزله بالشكاية إن لم يكن مشهوراً بالعدالة في
وجوبه بها أو الكتب إلى صالحي بلده ليكشفوا عن حاله ، فإن كان على ما يجب وإلا
عزل ثالثها إن وجد بدله وإلا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف .

(و) جاز (خفيف تعزير) مالك رضي الله تعالى عنه كخمسة وعشرة الأسواط
(بمسجد) لأنه مظنة السلامة من خروج نجس (لا) يجوز (حد) وتعزير شديد به .
فيها لا بأس بيسير الأسواط أدباً في المسجد، وأما الحدود وشبهها فلا . أبو الحسن لأن
في ذلك إهانة له ، والله تعالى يقول ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ ٣٦ النور وقوله
وشبهها يعني التعزيرات الكثيرة . ابن الحاجب لا تقام الحدود في المساجد في التوضيح
محتمل للمنع ، لأنه ذريعة إلى أن يخرج منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيهاً له .

(وجلس) القاضي (به) أي المسجد للقضاء . فيها للامام مالك رضي الله تعالى
عنه القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم ، لأنه يرضى فله بالدون من المجلس،
وتصل اليه فيه المرأة والضعيف ، وإن احتجب فلا يصل اليه الناس . وروى ابن حبيب
يجلس برحاب المسجد خارجة عنه . اللخمي هذا أحسن لقوله ﷺ جنبوا مساجدكم رفع

أصواتكم وخصوماتكم . ابن عرفة في استحباب جلوسه بالمسجد أو برحابه خارجة عنه ثالثها لا بأس به في منزله وحيث أحب لها ، ورواية ابن حبيب قائلاً كان من مضى يجلس اما عند موضع الجنائز أو في رحبته . مروان وما كانت تسمى إلا رحبة القضاء. ولأشهب اللخمي والثاني أحسن لقوله ﷺ جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم ، ولا يعترض باللعان لأنها أيمان يراد بها الترهيب .

ابن شعبان من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره ، لأنه بطرف المصر يضر بغالب الناس ، وهذا في المصر الكبير ، وذلك في الصغير خفيف وندب استقباله القبلة . وفي النوادر يجعل للذميين يوماً أو وقتاً يجلس لهم فيه في غير المسجد ويجلس (بغير) يوم (عيد) فطر أو أضحى ويكره جلوسه في يوم عيد ، لأنه يوم فرح وسرور ومصافاة لا يوم مخاصمة (و) بغير يوم (قدوم) ركب (حاج) لاشتغال الناس فيه بتهنئة القادمين (وخروجه) أي ركب الحاج لاشتغال الناس فيه بتشييع المسافرين . تت ينبغي له الجلوس أيام خروج الحاج وقدومه وسفر القوافل للشام وغيرها للفصل بين الأكرياء الذين يأخذون أموال الناس وإذا غفل عنهم في تلك الأيام هربوا (و) بغير يوم (مطر ونحوه) كيوم التروية ويوم عرفة ويوم كسر النيل بمصر ويوم الاستسقاء وقدوم السلطان من غزو .

اللخمي يلتزم وقتاً من النهار ليعلمه أهل الخصومات ، لأنه إن اختلف وقت جلوسه أضر بالناس ، ولا يجلس أيام الأعياد . ابن عبد الحكم ولا قبلها كيوم التروية وعرفة ، يريد وإن لم يكونوا في حج ولا يوم خروج الحاج من مصر لكثرة من يشتغل يومئذ بمن يسافر ، وكذا في الطين والوحل وكل هذا ما لم تكن ضرورة بمن نزل به أمر ، ولا يجلس عقب صلاة الصبح إلى ارتفاع الشمس ، لأنه وقت عبادة ولا بين العشاءين لأنه وقت عشاء .

(و) جاز (اتخاذ حاجب) للقاضي عمن لا حاجة له عنده ، ويرتب أصحاب

الخصومات في الدخول عليه ومنعهم من التزاحم عليه (و) اتخاذ (بواب) للبيت الذي يجلس فيه للحكم يمنع من لا حاجة له عند القاضي من دخوله . أصبغ حق على الامام أن يوسع على القاضي في رزقه ويجعل قومة يقومون بأمره ويدفعون الناس عنه ، إذ لا بد له من الأعوان يكونون حوله يزجرون من ينبغي زجره من المتخاصمين ، فقد كان الحسن ينكر على القضاة اتخاذ الاعوان،فلما ولي القضاء قال لا بد للسلطان من وزعة . ابن عرفة ينبغي أن يكون من يصرفه القاضي في أمور قضائه مأموناً على ما يصرفه فيه ثقة عدلاً كالحاجب والعون وغيرهما ، وينهى عن اتخاذ من يحجب الناس عنه في وقت حاجتهم اليه ، ويسوغ له اتخاذ من يقوم بين يديه لصرف أمره ونهيه وزجره و كف أذى الناس عنه وعن بعضهم بعضاً ، ولا يتخذ لذلك إلا ثقة مأموناً قد يطلع من أمر الخصوم على ما لا يطلع عليه الخصمان ، وقد يرشى على المنع والأذى وأميناً على النساء إن احتجن إلى خصام ثم قال الصقلي عن الأخوين لا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء ولا بالاسحار ما علمنا من فعله من القضاة إلا لأمر يحدث بتلك الاوقات ، فلا بأس ان يأمر فيها وينهى ويسجن ويرسل الامين والشرط ، أما الحكم فلا .

(وبدأ) القاضي ندباً أول ولايته (بـ) النظر في شأن شخص (محبوس) لأنه في عذاب ، فإن رآه مستحقاً للاخراج أخرجه وإن رآه مستحقاً للابقاء أبقاه . الخرشي هذا بعد الكشف عن الشهود الموثقين ، فيبقى من كان عدلا ويسقط من ليس كذلك ، لأن مدار أمره كله عليهم (ثم) ينظر في أمر (وصي) بفتح فكسر على أيتام من أب أو وصيه (و) في (مال طفل) بكسر الطاء المهملة ، أي صغير مهمل (و) في حال (مقام) بضم الميم من قاض قبله على يتيم مهمل (و) في حال حيوان (ضال) ولقيط وآبق. ابن شاس يبدأ بمحبوس ثم ينظر في الأوصياء وأموال الأطفال. المازري يبدأ بالمحبوس ثم وصى ثم ينظر في المهملين ثم ضال وعبارته . قال أهل العلم ينبغي أن يبدأ القاضي بالنظر في المحبوسين ليعلم من يجب إخراجه ومن لا يجب ، لأنه أشد من الضرر في المال ثم ينظر في

وَنَادَى بِمَنْعِ مُعَامَلَةِ يَتِيمٍ وَسَفِيهٍ، وَرَفْعِ أَمْرِهِمَا إِلَيْهِ، ثُمَّ فِي ٱلْخُصُومِ وَرَتَّبَ كَاتِباً عَدْلاً شَرْطاً؛

الأوصياء ثم في المهملين لكون من تكون له مطالبة عليهم لا يعرب عن نفسه ثم اللقيط والضوال ثم بين الخصوم .

(ونادى) أي يأمر القاضي بالنداء على الناس (بمنع معاملة) شخص (يتيم) مهمل لا وصي له ولا مقدم (و) منع معاملة شخص (سفيه) بالغ لا يحسن التصرف في المال مهمل من وصي ومقدم (ورفع أمرهما) أي اليتيم والسفيه اليه لينظر في حالهما . أصبغ ينبغي للقاضي إذا قعد أن يأمر بالنداء في الناس أن كل يتيم لا وصي له ولا وكيل ، فقد حجرت عليه ، وكل سفيه مستوجب للولاية فقد منعت الناس من مداينته ومتاجرته ومن علم مكان أحد من هؤلاء فليرفعه الينا لنولي عليه فمن داينه بعد أو باع أو ابتاع منه فهو مردود (ثم) ينظر في أحوال (الخصوم) بضم الخاء المعجمة جمع خصم ظاهره أن النظر فيهم مؤخر عما تقدم ولو كان فيها مسافر وهو كذلك قاله أحمد .

(ورتب) بفتحات مثقلاً القاضي (كاتباً عدلاً) يكتب الوقائع والأحكام ترتيباً واجباً (شرطاً) قاله أحمد وهو ظاهر تعبيره بالفعل . وقال الحط ترتيب الكاتب والمزكي والمترجم أو لوى هذا ظاهر عباراتهم ، فان أبا الحسن والقرافي جعلاه من آداب القضاء ، وقوله عدلاً قال ابن فرحون ذكر بعضهم في صفاته أربعة العدالة والعقل والرأي والعفة ، وقوله شرطاً كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها مرضيا وهي الأولى ، لأن العدالة ليست شرطاً . ابن فرحون ابن شاس لا تشترط العدالة في الكاتب ولعله يريد ، لأن القاضي يقف على ما يكتب اهـ ، إلا أني لم أر في الجواهر ما عزاه ابن فرحون لابن شاس . ابن عبد السلام ظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة إلا بالعدول ، فإن لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم ، ثم قال وقول ابن القاسم فيها لا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين ، ولا يتخذ قاسماً من أهل الذمة ولا عبداً ولا مكاتباً، ولا يستكتب من المسلمين إلا العدول المرضيين ، فلعل هذا مع الاختيار اهـ .

وقال أبو الحسن هذا إذا وجد وإلا الأمثل فالأمثل. خليل ظاهر ما حكاه المتيطي عن ابن المواز ان عدالة الكاتب من باب الأولى ، لكن قال اللخمي لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب المازري إن كان الكاتب غير ثقة فلا بد من اطلاع القاضي على ما يكتبه فيجلسه قريباً منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه ، وإن كان عدلاً فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب ، وقد رجح بعض أشياخي وجوبه ، لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بما تيقنه ، وإذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع قدرته على اليقين ، ووظيفة الكاتب ان يكتب ما يقع من الخصوم في مجلس القاضي . الاقفهسي إذا وجد القاضي عقداً او وثيقة علق خطه فليقطعه ويؤدب كاتبه زروق القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء المهملة والراء الزمام الذي يكتب فيه التذكار ، ويسمى زمام القاضي .

وشبه في الترتيب وعدالة المرتب شرطاً فقال (ك كمزك) بضم الميم وفتح الزاي وشد الكاف ،فيرتبه القاضي عدلاً ثقة ليخبره بأحوال الشهود سراً بعد البحث عنهم في مساكنهم وأعمالهم وسؤاله عنهم عدولا ثقات مأمونين ، ولا يكتفي بواحد أو اثنين خيفة مصادفته حبيباً أو عدواً (واختارهما) أي القاضي الكاتب والمزكي . الحط أي وكذا يرتب مزكيا عدلاً ولا كلام في اشتراط عدالة المزكي .

البساطي ان قلت ان حمل كلامه في الكاتب والمزكي على الجنس حتى يدخل فيه العدد خالف الأكثر في اشتراط العدد في الكاتب ، فان الأكثر على أنه يكفي الواحد ، وإن حمل كلامه على الإفراد خالف الأكثر في المزكي فانه لا بد فيه من العدد عندهم . قلت يحمل كلامه على الأول ، والجنس يحتمل الإفراد والتعدد وغايته الإجمال وهو قريب . الحط يعين حمله على هذا عبارة الجواهر ، اذ فيها يشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب . وفي التوضيح في قول ابن الحاجب ، واختار الكاتب والمزكي ظاهر الاكتفاء بالواحد .

أشهب ينبغي للقاضي ان يتخذ رجلاً صالحاً مأموناً منتبها ، أو رجلين بهذه الصف

يسألان له عن الناس إلى آخر كلام أشهب ، ثم قال ابن الماجشون كل ما يبتدىء القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد وما لم يبتده هو ، وإنما يبتدأ به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه ، ثم ذكر كلام الجواهر ابن رشد تعديل السر يفترق من تعديل العلانية في وجهين أحدهما أنه لا أعذار في تعديل السر ، وثانيهما أنه يجتزىء فيه بواحد وإن كان الاختيار الاثنين ، بخلاف تعديل العلانية في الوجهين فلا يجوز فيه الا شاهدان ، ويلزم الأعذار فيه الى المشهود عليه ، هذا معنى ما في المدونة صح من البيان فلا يرد ما قاله البساطي أصلاً ، لأن كلام المصنف في مزكى السر ، والله الموفق .

(و) الشخص (المترجم) بضم الميم وفتح الفوقية وسكون الراء وكسر الجيم ، أي الذي يبدل لغة أعجمية بلغة عربية وعكسه عند القاضي اذا كان عربياً لا يعرف العجمية والخصوم عجم لا يعرفون العربية وعكسه وخبر المترجم (مخبر) بضم الميم وسكون الخاء المعجمة وكسر الموحدة ، فيكفي فيه واحد . وقيل شاهد فلا يكفي واحد ولا يترجم كافر ولا عبد ولا مسخوط . ابن رشد اذا لم يضطر الى ترجمتهم وإلا فتقبل . ابن عرفة سمع القرينان إن احتكم خصوم يتكلمون بغير العربية والقاضي عربي لا يفقه كلامهم فينبغي أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم واثنان أحب الي ، ويجزىء الواحد ولا تقبل ترجمة كافر أو عبد أو مسخوط .

ولا بأس بترجمة المرأة إن كانت من أهل العفاف والحق مما يقبل فيه شهادة النساء وامرأتان ورجل أحب إلي لأن هذا موضع شهادة. ابن رشد هو كما قال لأنه كل مايبتدىء القاضي فيه بالبحث والسؤال كقياس الجراحات والنظر للعيوب والاستخلاف والقسم واستنكاه من استنكر سكره، وشبه ذلك من الامور يجوز فيه الواحد، ففي المدونة في الذي يحلف المرأة يجوز رسول واحد وسمعه أصبغ في الاستنكاه ولا اختلاف فيه، والاختيار في ذلك اثنان عدلان ويجزىء فيه الواحد العدل .

• قوله لا تقبل ترجمة كافر الخ معناه مع وجود عدول المؤمنين ولو اضطر للترجمة كافر

أو مسخوط لقبل قوله وحكم به كما يحكم بقول الطبيب الكافر ، وغير العدل فيما اضطر فيه لقوله لمعرفته بالطب دون غيره ، وقد حكى فضل عن سحنون انه قال لاتقبل ترجمة الواحد ، واحتج بقول مالك في القاضي إذا لم يفقه لسانهم كان بمنزلة من لم يسمع ، ومعناه أنه لا ينبغي أن يكتفي بترجمة الواحد ابتداء لا أنه إن فعل لم يجز ويرد هذا لا يصح أنه أراده . قلت ظاهر السماع صحة ترجمة المرأة ولو وجد مترجم من الرجال وساق الشيخ معنى هذا الكلام لابن حبيب عن الاخوين بعبارة لا بأس بترجمة المرأة إذا لم يجد من الرجال من يترجم له ، فهذا يفيد أن الراجح الاكتفاء بترجمة الواحد كما قال المصنف وإن نقل الحط عن العمدة ما نصه والمذهب انه لا يجزىء واحد ، وقال ابن شاس يشترط تعدد بناء على انه شاهد وهو المشهور . البناني كلام ابن شاس محله فيمن جاء به الخصم ليترجم عنه ، فهذا لا بد فيه من التعدد وليس هذا مراد المصنف ، وإنما مراده من يتخذه القاضي لنفسه مترجماً ، وهذا يكفي فيه الواحد ، والله أعلم .

وشبه في الكون مخبراً فقال (ك) العدل (المحلف) بضم الميم وفتح الحاء المهملة وكسر اللام مثقلة ، لمن توجهت عليه يمين وقام به مانع من حضور مجلس القضاء كمرأة مخدرة ومريض ومحبوس ، فيكفي فيه واحد لأنه مخبر (واحضر) القاضي (العلماء) مجلس القضاء في معضلة (أو شاورهم) أي العلماء فيها اللخمي والجلاب ينبغي أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه وإن كان ممن يقضى بعلمه فأخذه بالمتفق عليه أحسن ، واختلف في جلوس أهل العلم معه فقال أشهب ومحمد لا أحب أن يقضى إلا بحضرتهم ومشورتهم ، ومنعه الأخوان . محمد لا يدع مشاورة أهل الفقه ، المازري ينبغي أن يستشير ولو كان عالماً وان كان حضورهم يوجب حصره لم يختلف في عدمه وإن كان بليداً بلادة لا يمكنه معها ضبط قول الخصمين وتصور حقيقة دعواهما لم يختلف في حضورهم إياه وكان عندنا قاض اشتهرت بالأمصار نزاهته فرفع إلى محاضر بين خصمين طال فيها النزاع والاثبات والتجريح ، فتأملت المحاضرات فوجدتها تتضمن أن الخصمين متفقان في المعنى مختلفان في العبارة ، ولم يتفطن القاضي لذلك حتى نبهته له فجعل منه

وارتفع الخصام ، فمثل هذا لا بد أن يحضره أهل العلم أو كاتب يؤمن معه مثل هذا .

ابن عرفة قبول من هـذه صفته القضاء جرحة ، الحط عطف رحمه الله تعالى أحد القولين على الآخر ، فان أشهب ومحمداً قالا يحضرهم ومطرف وابن الماجشون قالا لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم قاله ابن الحاجب . خليل قيد اللخمي قول مطرف بقوله إلا أن يكون مقلداً فلا يسمه القضاء إلا بحضرهم. المازري قول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحاله في عدم حضورهم ، ولو كان حضورهم يكسبه ضجراً حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه ، فانه يرتفع الخلاف ، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة بحال لا يمكنه معه ضبط قول الخصمين ولا يتصور مقاصدهما حتى يستفتي عنه فانه يرتفع الخلاف أيضاً ، ولا يختلف في وجوب حضورهم اه .

ابن مرزوق ظاهر المصنف أنه يخير في ذلك وهو نقل ثالث ، والذي نقله غيره أن في المسألة قولين ، قيل يحضرهم كفعل عثمان «رض» ، فانه كان إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من علماء الصحابة رضي الله تعالى عنهم واستشارهم ، وقيل يرسل اليهم يستشيرهم من غير إحضار ، كفعل عمر «رض» ، والأول قول أشهب وابن المواز ، والثاني قول الأخوين . وأجيب عن المصنف بأن أو في كلامه لتنويع الخلاف .

(تنبيهات)

الأول : المازري في شرح التلقين القاضي مأمور بالمشاورة ولو كان عالماً ، لأن ما تذاكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيـه ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فـيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منه أنه مقتضى أصول المذهب . ابن عطية من لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب ، وهـذا مما لا خلاف فيه اه ، ونقله القرطبي . ابن عبد السلام وبالجملة فان أقوال الفقهاء دلت على اتفاقهم على المشاورة لا سيما في المشكلات .

الثاني : ابن فرحون ظاهر إطلاقهم المشاورة ، سواء كان عالماً بالحكم أم لا ، وفي طرر ابن عات لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه إذا كان جاهلاً لا يميز حقاً من باطـل ،

لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل لا يعلم أيحكم بحق أم بباطل ، ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق ، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليداً حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه اه .

الثالث : قول المصنف وأحضر العلماء أو شاورهم هل على الوجوب أو على الندب ، ظاهر قوله في التوضيح ولم يختلف في وجوب حضورهم ، وما نقله ابن عطية والقرطبي وما تقدم للمازري أنه واجب ، وكذا ابن فرحون ، فانه عده من الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام واللزوم إنما يستعمل في الغالب في الوجوب ، وظاهر قول ابن الحاجب لا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه ويترك المشاورة أنها مندوبة فتأمله فإني لم أر نصاً يشفي الغليل .

(و) أحضر (شهوداً) حال القضاء ليشهدوا على من أقر من الخصمين خشية إنكاره إقراره . الحط في التوضيح إذا كان المشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان لزم أن إحضار الشهود واجب وإلا فلا فائدة في جلوسه . . وفيها لو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد يشهد عليه ثم جحد المقر ذلك الإقرار فانه لا يقضى عليه إلا ببينة سواه ، فان لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك عند من فوقه فأجازه ، وإن كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب اه، ومقابل المشهور أنه إذا سمع إقرار الخصم حكم عليه بما سمعه منه وإن لم يحضره شاهدان وهو قول ابن الماجشون .

وفي النوادر أما ما أقر به الخصوم عنده في خصومتهم فليقض به وقاله سحنون وهو أحب إلي من قول ابن القاسم وأشهب ، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس وفي التوضيح مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان يرفعان شهادتهما اليه، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون إلى أنه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك شاهدان . ابن الماجشون والذي عليه قضاة المدينة ولم أعلم مالكاً قال غيره أنه يقضى

عليه بما سمعه منه وأقر به عنده ، وكأنهم رأوا أن الخصمين لما جلسا بين يديه للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما يقران به ، ولذلك قعدا ولكن الأول هو المشهور .

(ولم) الاولى لا (يفت) بضم الياء ، أي لا يخبر القاضي بحكم شرعي سئل عنه (في خصومة) أي المعاملات التي شأنها ، أي يتخاصم فيها لئلا يعلم مذهبه فيتحيل على موافقته . ابن شاس لا يجيب الحاكم من سأله فيما يتعلق بالخصومات ، واختار ابن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب بالفتيا في كل ما يسأل عنه بما عنده فيه ، واحتج بأن الخلفاء الاربعة كانوا يفتون الناس في نوازلهم . ابن عرفة عزا ابن المناصف الاول لمالك رضي الله تعالى عنه وابن الحرث إلى سحنون . وفي الواضحة لا ينبغي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده ولا في جماعة .

الحط قوله لم يفت في خصومة ، انظر هل على الكراهة أو على المنع . ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب ولا يفت الحاكم في الخصومات ، وقال ابن عبد الحكم لا بأس به كالخلفاء الاربعة ، أراد أنه يجوز له الفتيا فيما عدا مسائل الخصام ، وهل له الفتيا في مسائل الخصام قولان ، أحدهما ليس له ذلك ، لأنه من إعانة الخصوم على الفجور ، والثاني إجازة فتواه في مسائل الخصام . وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز ا هـ ، فقوة عبارته تدل على أنه لا تجوز له الفتيا على القول الاول ، وعده ابن فرحون في الأمور اللازمة في سيرة الحكام .

ابن المنذر تكره للقاضي الفتيا في الأحكام ، وكان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي . البرزلي يريد إذا كانت الفتيا مما يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها . ابن المناصف الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين ، وقول ابن عبد الحكم في فتواه لا في خصومة بعينها ا هـ ، ومحل النهي أيضاً حيث لا يمكن الاطلاع على مذهب الامن افتائه ، وذلك إن كان مجتهد أو مقلداً ، وفي المسالة قولان متساويان مثلا والله أعلم . ابن عبد الحكم قد

وَلَمْ يَشْتَرِ بِمَجْلِسِ قَضَائِهِ : كَسَلَفٍ ،

جرت العادة باستفتاء الوكلاء لأرباب المذاهب في الوقائع بين موكليهم ، فإذا وجد الوكيل مذهباً يوافق كون موكله غالباً حمله على الدعوى عند القاضي الموافق لها . ولو كان موكله غير محق (ولم) الاولى ولا (يشتر) القاضي شيئاً (بمجلس قضائه) لأنه يشغل باله عما هو بصدده ، ولأن البائع ربما نقص من الثمن حياء منه ومن جلسائه . وفهم من قوله بمجلس قضائه أن ذلك له في غير مجلس قضائه ،ونقله المازري عن أصحاب مالك رضي الله تعالى عنهم . زاد ابن الحاجب ولا يشتر له وكيل معروف . الصقلي عن الاخوين لا يشتغل في مجلس قضائه ببيع ولا بابتياع لنفسه . أشهب ولا لغيره إلا ما خف شأنه وقل شغله ، والكلام فيه . سحنون وتركه أفضل ، قالوا ولا بأس به في غير مجلس قضائه له ولغيره وما باع أو ابتاع في مجلس قضائه لا يرد شيء منه إلا أن يكون فيه إكراه أو هضيمة فليرد ولو كان بغير مجلس قضائه . أشهب اذا اشترى الامام العدل أو باع من أحد شيئاً ثم عزل أو مات فإن البائع أو المشتري يخير في الاخذ منه أو الترك ، كذا وجدته في نسختين من المتيطي ، ولم أجده في النوادر ، بل فيها ان عزل السلطان أو مات والبائع أو المبتاع مقيم بالبلد لا يخاصم ولا يذكر مخاصمته فلا حجة له والبيع ماض .

الشيخ عن ابن حبيب كتب عمر بن عبد العزيز تجارة الولاة لهم مفسدة وللرعية مهلكة . عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما يقال من اشراط الساعة تجارة السلطان . ابن شاس الأدب السابع أن لا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف حتى لا يسامح في البيع ،محمد بن عبدالحكم لا فرق بين شرائه لنفسه وبين توكيله لذلك ، ولا يوكل إلا من يؤمن على دينه لئلا يسترخص له بسبب الحكم وما أشبه ذلك . ابن عرفة ظاهر أقوال المذهب ورواياته جواز شرائه وبيعه بغير مجلس قضائه ، وما ذكره ابن شاس لم أعرفه . وذكره المازري عن الشافعي «رض» لا عن ابن عبد الحكم ولا عن أحد من أهل المذهب .

وشبه في المنع فقال (كسلف) أي تسلف القاضي بمجلس قضائه من غيره (و) دفع

وَقِرَاضٍ ، وَإِبْضَاعٍ ، وَحُضُورِ وَلِيمَةٍ ، إِلَّا النِّكَاحَ ، وَقَبُولِ هَدِيَّةٍ وَلَوْ كَافَأَ عَلَيْهَا ، إِلَّا مِنْ قَرِيبٍ ،

مال (قراض) أي تجارة بجزء من ربحه لغيره بمجلس قضائه (وابضاع) أي دفع مال لمن يشتري له به بضاعة من بلد آخر يأتيه بها أو يرسلها له مع غيره . ابن عرفة الشيخ عن الأخوين وليستنزه عن طلب الحوائج والعواري من ماعون ودابة وسلف وأن يقارض ويبضع مع أحد أو يبايعه إلا ما لا بد منه ، والأمر الخفيف ما لم يكن ممن يخاصم عنده أو ممن يجر إلى من يخاصم عنده وقاله أصبغ . ابن مرزوق الظاهر أن المنهي عنه تسلفه من غيره لا إعطاؤه سلفاً لغيره . البناني وهو ظاهر العدوى ارتضاه بعض الشيوخ، لأن تسليفه غيره معروف لا ينهى عنه .

(و) ك (حضور) القاضي لـ (وليمة) أي طعام يجتمع له الناس فينهى عنه (إلا النكاح) فلا ينهى عن حضور وليمته المستوفية شروطها الشرعية . ابن عرفة الشيخ عن الأخوين لا ينبغي له أن يجيب الدعوة العامة كانت وليمة أو صنيعاً عاماً لفرح ، فأما لغير فرح فلا وكأنه دعي خاصة أو وسيلة له يجيب للعامة لا الخاصة ، والتنزه أحسن . وفي الموازية كره له أن يجيب أحد أو هو في الخاصة أشد من دعوة العرس، وكره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم. الخرشي يجب عليه حضور وليمة النكاح كغيره بشروطها المتقدمة فيها . العدوي الذي عند ابن مرزوق أنه يجوز له حضور وليمة النكاح ولا يجب عليه ، لأنه يطلب منه زيادة التنزه عما بأيدي الناس لتقوى كلمته وهو الراجح كما يفهم من عج . المتيطي لا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس ورده على من سلم عليه ، ولا ينبغي له إلا ذلك ، ولا يجيب الصنيع إلا في الوليمة .

(ومنع) بضم فكسر (قبول) القاضي لـ (هدية) له من غيره إن لم يكافئه عليها ، بل ، (ولو كافأ) القاضي من أهدى له (عليها) أي الهدية بمثلها أو أعظم منها لركون النفوس لمن أهدى اليها ، ولأن قبولها يطفىء نور الحكمة (إلا) هدية (من) شخص

وَهَدِيَّةِ مَنِ اعْتَادَهَا قَبْلَ الوِلَايَةِ ، وكَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَشْيِهِ ،

(قريب) للقاضي نسباً كوالده وولده وخاله وعمه ، فـلا ينهى عن قبولها . العدوي ظاهر النقل كراهة قبولها من غير قريبه لا حرمته وهو المعول عليه ، ومحلها إن كان لرجاء نفع أو دفع ضر ، أما الهدية لغير ذلك فلا يطفيء قبولها نور الحكمة ، وقد قبلها النبي ﷺ وقال تهادوا تحابوا ، ولا يخفى عدم ملايمته ما قدمه في حضور الوليمة .

البناني في ضيح ظاهر قول ابن الحاجب لا يقبل هدية المنع ، وعليه ينبغي أن يحمل قول ابن حبيب لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقاضيه وجباة أموال المسلمين الهدايا ، وهو مذهب الامام مالك «رض» وأهل السنة ، وبالمنع جزم المصنف في فصل القرض . المتيطي لا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية من أحد ولا ممن كانت عادته بها معه قبل ولايته ولا من قريب ولا من صديق ولا من غيرهما وإن كافأ عليها باضعافها الامثل والده وولده وأشباههما من خاصة قرابته التي يجمع من حرمة الخاصة ما هو أكثر من حرمة الهدية . ربيعة «رض» إياك والهدية فإنها ذريعة الرشوة . ابن عرفة الشيخ لا يقبل هدية من خصم ولو قريبه وغير الخصم ، قال سحنون تجوز من ذي رحم كأبويه وابنه وخالته وعمته وابنة أخيه ومن لا يدخل عليه به ظنة ، ومثله في الموازية .

(وفي) جواز قبول (هدية من) أي الشخص الذي (اعتاد) إهداء مثل (ها) أي الهدية للقاضي (قبل الولاية) للقضاء وهو قول ابن عبد الحكم ، وعدمه وهو قول مطرف وعبد الملك قالا لا ينبغي قبولها وهو ظاهر في الكراهة قولان ، فان أهدى بعد ولايته ممن اعتادها قبلها أزيد قدراً أو أحسن جنساً أو صفة امتنع قبولها اتفاقاً .

(و) في (كراهة حكمه) أي القاضي (في) حال (مشيه) على قدميه أو راكباً وهي لأشهب وسحنون وطائفة ، وعدمها وهو لأشهب أيضاً بشرط أن لا يشغله السير وزحمة الناس والنظر اليهم قولان . الصقلي اختلف هل يقضي في الطريق فقال أشهب لا بأس بقضائه وهو ماش إن لم يشغله السير وزحمة الناس والنظر اليهم . وقال سحنون

أَوْ مُتَّكِئاً ، وَإِلْزَامِ يَهُودِيٍّ حُكْمـاً بِسَبْتِهِ ، وَتَحْدِيثِهِ بِمَجْلِسِهِ لِضَجَرٍ ،

لا يقضي وهو ماش ولا يكلم أحداً من الخصوم ولا يقف معه . اللخمي لا بأس بحكمه ماشياً في مسألة نص وما خف من مسائل الاجتهاد ، ولا يجوز فيما يحتاج لروية . ابن عرفة ففي جوازه ماشياً . ثالثها في مسألة نص أو خفيف اجتهـاد لأشهب وسحنون واللخمي .

(و) في كراهة حكمه حال كونه (متكئاً) أي راقداً على أحدجنبيه أو على ظهره وهو للخمي ، لأنه استخفاف بالحاضرين وللعلم حرمة وعدمها وهو لأشهب وسحنون قولان . المتيطي ينبغي أن يجلس في مجلس حكمه متربعاً أو محتبياً ، قيل لإسمعيل القاضي هلا ألفت كتاباً في آداب القاضي ، قال إذا قضى بالحق فليقعد في مجلسه كيف يشاء ويمد رجليه .

(و) في جواز (إلزام يهودي) أن يأتي القاضي ليوقع بينه وبين خصمه (حكماً بسبته) أي اليهودي و كراهته قولان للقرويين ابن عرفـة المازري في تمكين المسلم من استحلافه يهودياً يوم السبت قولا القابسي وبعض المتأخرين ، فخص بعضهم الخلاف باليهودى ، لأن النصراني لا يعظم يومـا ، وعممه ابن عات فيهما لأن يوم الأحد له والسبت لليهود .

(و) في جواز (تحديثه) أي القاضي الحاضرين بكلام مباح كحكاية عن بعض الصالحين (بمجلسه) للقضاء (لضجر) بفتح الضاد المعجمة والجيم ، أي تعب وملل وسآمةحصل له من كثرة الخصومات ليروح قلبه ويرجع اليه فهمه نزل به أو هم ، وهو قول أشهب وابن عبد الحكم ومنعه ، لأنه يخل بمهابته ويصغره في عيون الناس لمطرف ومن معه قولان . ابن عرفة اللخمي اختلف إن دخله ضجر فقال عبد الملك لا بأس أن يحـدث جلساءه إذا مل يروح قلبه ثم يعود للحكم . وقال ابن حبيب يقوم والأول أحسن وهو أخف من قيامه وصرف الناس . قلت هذا إن ناله ذلك في أول مجلسه ، وإن مضى ماله

وَدَوَامِ ٱلرِّضَا فِي ٱلتَّحْكِيمِ لِلْحُكْمِ قَوْلَانِ ، يَحْكُمُ مَعَ
مَا يُدْهِشُ عَنِ ٱلْفِكْرِ ،

بأل فالثاني أصوب ، وعزا الصقلي الأول لأشهب والثاني للأخوين .

(و) في اشتراط (دوام الرضا) بحكم المحكم من الخصمين (في التحكيم للحكم) من المحكم فلاحدهما الرجوع عن التحكيم قبل حكمه ، قاله سحنون ، وعدم اشتراط دوامه اليه فلا رجوع لأحدهما قبله واليه ذهب ابن الماجشون (قولان) في كل من الفروع السابقة حذفه مما عدا الأخير لدلالة هذا عليه . الباجي لو حكما رجلا بينهما فأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فقال ابن القاسم في المجموعة أرى أن يقضي ويجوز حكمه . وقال سحنون لكل واحد منهما أن يرجع . ابن عرفة في هذه المسألة طرق والأقوال فيه أربعة انظرها فيه [1] .

(ولا يحكم) القاضي (مع) حصول (ما) أي شيء (يدهش) بضم التحتية وسكون الدال وكسر الهاء ، أي يضعف (الفكر) بكسر الفاء ، أي العقل عن تمام إدراكه من غضب وجوع وحزن وغلبة نوم وحقن ولقس ، أي ضيق نفس أو غثيان نفس وأكل فوق كفاية ، وقد قيل البطنة تذهب الفطنة ، والنهي تحريم عند البساطي والحط عن أبي الحسن ، وكراهة عند تت ، وأما ما يمنع العقل عن أصل الإدراك

---

(١) (قوله انظرها) أي الاقوال الأربعة (قوله فيه) أي ابن عرفة نصه ورجوع أحدهما بعد حكمه لغو ، ابن رشد اتفاقاً ، وقبله فيه طرق الصقلي في منعه ولو لم يقاعده وصحته مطلقاً . ثالثها إن أقيمت البينة لابن الماجشون وسحنون وابن القاسم . ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في الشهادات في صحة نزوعه قبل الحكم قولا مطرف وابن الماجشون . الشيخ في صحة رجوع أحدهما ولو لم يقاعده ثالثها قبل النظر في شيء من أمرهما لا بعده لسحنون وابن الماجشون ومطرف ، أصبغ كما ليس له إن تواضعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزله . قلت فالأقوال أربعة وعزوها واضح ، ولابن حارث إن نظر المحكم بينهما لم يكن لأحدهما رجوع اتفاقاً .

«ممنوع اتفاقاً ، وكذلك المفتي لا يفتي مع مـا يدهش الفكر نص عليه عياض ، وتبعه الآبي ومنه كثرة الزحام ، وكان سحنون يحكم في موضع خاص عليه بواب لا يدخـل عليه إلا اثنين فاثنين على ترتيبهم في المجيء اليه ، وفي هـــذا فائدتان الستر على الخصمين واستجماع الفكر .

ابن عرفة اللخمي لا يجلس للقضاء وهو على صفة يخاف فيها ان لا يأتي بالقضية صواباً وإن نزل به في قضائه تركه كالغضب والضجر والهم والجوع والعطش والحقن وأخذه من الطعام فوق كفايته . قلت أراد إن أدخل عليه تغيراً ، وأصل هذا قوله ﷺ لا يحكم بين اثنين وهو غضبان ، أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي بكرة «رض» . ابن عرفة اتفق العلماء على إناطة الحكم بأعم من الغضب وهو الأمر الشاغل والغاء خصوص الغضب ، وسموا هذا الإلغاء والاعتبار بتنقيح المناط .

(و) إن حكم في حال من الأحوال (مضى) حكمه . المتيطي في كتاب القزويني إن حكم وهو غضبان جاز حكمه خلافاً لداود ، وفرق ابن حبيب بين الغضب اليسير والكثير (وعزر) بفتحات مثقلاً أي أدب القاضي شخصاً (شاهداً بزور) أي ما لم يعلم عمداً وإن صادف الواقع بأن شهد بقتل زيد عمراً وهو لم يعلم أنه قتله ، وقد كان قتله في نفس الأمر مأخوذ من زور الصدر أي اعوجاجه لا من تزوير الكلام أي تحسينه ، ومنه قولهم زورت في نفسي كلاما أو مقالة ويجتهد فيا يعزر به شاهد الزور بما يراه زاجراً له عن عوده لمثل شهادة الزور ، ولمثله عن ارتكابها (بـ) حضرة (ملأ) بالقصر والهمز ، أي جمع من الناس (بنداء) بكسر النون ممدوداً ، أي صياح عليه بأنه شهد بزور وطواف به في الأسواق والجماعات .

فيها للامام مالك «رض» اذا ظهر الإمام على شاهد الزور ضربه بقدر رأيه ويطاف به في المجالس . ابن القاسم أراد في المسجد الأعظم . ابن وهب كتب عمر «رض» الى عماله بالشام إن أخذتم شاهد زور فاجلدوه أربعين وسخموا وجهه وطوفوا به حتى يعرفه الناس

وَلَا يَحْلِقُ رَأْسَهُ أَوْ لِحْيَتَهُ ، وَلَا يُسَخِّمُهُ ثُمَّ فِي قَبُولِهِ : تَرَدُّدٌ ،

ويطال حبسه ويحلق رأسه . ابن عرفة في اتيان سحنون برواية ابن وهب عن عمر «رض» ميل منه اليها .

(ولا يحلق) أي لا يأمر القاضي ان يحلق (رأسه) اي شاهد الزور (او لحيته ولا يسخمه) اي لا يأمر بدهن وجه شاهد الزور بالسخام الذي يتعلق بأسفل القدر ومحيطه من كثرة الدخان ، روى مطرف عن الإمام مالك «رض» لا أرى الحلق والتسخيم . ابن مرزوق ظاهر المدونة أنه يسخم وجهه ويحلق رأسه ، وهذا بالنسبة للعرب الذين عادتهم عدم الحلق ويجعلون الحلق مثله .

(ثم) إذا ظهرت توبة شاهد الزور وشهد شهادة أخرى ف(في قبول) شهادته(٩) وعدمه (تردد) ابن عرفة في قبول شهادته إن تاب ، عبارات ابن رشد ظاهر سماع أبي زيد . ابن القاسم إن عرفت توبته وإقباله وتزيده في الخير قبلت شهادته خلاف قولها لا تجوز أبداً وإن تاب وحسن حاله ، وقيل معنى السماع إن أتى تائباً مقراً على نفسه قبل أن يظهر عليه ، ومعنى ما فيها إن ظهر عليه ، اللخمي إن أتى تائباً ثم انتقل حاله لخير وصلاح قبلت إلا أن يكون عرف قبل ذلك بالخير والصلاح فلا يقبل . ولأصبغ لا تقبل أبداً إن أقر بشهادة الزور ، واختلف إن ظهر عليه ثم تاب وانتقل لخير وصلاح فقال محمد آخر قولي ابن القاسم لا تقبل ، روى ابن القاسم فيها وأشهب وابن نافع في الموازية لا تقبل وفي الموازية لابن القاسم تقبل إن تاب ، وأظنه لمالك رضي الله تعالى عنه . المتيطي لم يصحب سماع أبي زيد عمل .

قلت ففي قبول شهادته بتوبته بتزيده صلاحاً لم يكن له ثالثها إن أتى تائباً لا إن ظهر عليه ، ثم قال ابن عرفة الباجي انا قلنا تقبل شهادته إذا تاب ، فقال محمد تعرف توبته بالصلاح والتزيد في الخير ، واليه أشار ابن الماجشون . قلت في اختصار الواضحة عنه إن كان من أهل الفضل ظاهر العدالة سقطت شهادته أبداً ، وإن ظهرت توبته وازداد صلاحاً وفضلاً لأنه كان كذلك يوم اطلع عليه بالزور ، ومن لم يكن بهذا الحال ولم يعرف بالفضل جازت شهادته إن ظهرت منه التوبة والصلاح البين والعدالة الظاهرة .

وإنْ أُدِّبَ التَّائِبَ : فَأَهْلٌ ، ومَنْ أَساءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ ، أَوْ شَاهِدٍ ، لَا بِشَهِدْتَ بِبَاطِلٍ : كَلِخَصْمِهِ : كَذَبْتَ ، وَلْيُسَوِّ

(وإن أدب) القاضي شاهد الزور (التائب) عن زوره قبل الاطلاع عليه (ف)هو (أهــل) أي مستحق للتأديب لكن الأولى العفو عنه لئلا ينفر الناس من الرجوع عن شهادتهم بالزور فيصرون عليها إن وقعت منهم ، وكمن أتى تائباً من حرابته أو ردتــه أو فطره عمــداً في رمضان ، وهذا على قول ابن القاسم لو أدبه لكان أهلاً ، وقال سحنون لا يؤدبه ، المتيطي وبه العمل ، المازري هو المشهور ، ابن عرفــة ابن القاسم لو أدب من جاء تائباً عن شهادة الزور لكان لذلك أهلاً . وقال سحنون لا يعاقب لو عوقب لم يرجع أحد عن شهادته زوراً خوف عقوبته كالمرتد إن رجع للاسلام . ولمـالك في المبسوط من سأل عن إصابته أهله في رمضان فلا يعاقب لأنه ﷺ لم يعاقبه ،

(و) عزر القاضي (من أساء على خصمه) ابن حبيب عن الأخوين إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع اليه بغير حجة ، كقوله يا ظالم يا فاجر فعليه زجره وضربه إلا ذا مروءة في فلتة منه فلا يضربه (أو) أساء على (مفت أو) على (شاهد) أفتى ابن لبابة وابن وليد وابن غالب بأدب من قال للشهود وأهل الفتيـــا تشهدون علي وتفتون لا أدري من أكل منكم . سحنون إن قال الخصم لمن شهد عليه شهدت على بزور أو بمـــا يسألك الله عنه أو ما أنت من أهل الدين ولا من أهل العدالة لم يكن منذلك لأهل الفضل، ويؤدب المعروف بالإذاية بقدر جرمه وقدر الرجل المنتهك حرمته وقدر الشاتم وإن كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه (لا) يؤدب بقوله (شهـــدت بباطل) ابن كنانة إن قال شهدت علي بزور فإن عنى أنه شهد عليه بباطل فـلا يؤدب ، وإن قصد أذاه والشهرة به نكل بقدر حال الشاهد والمشهود عليه ، والباطل أعم من الزور .

وشبه في عدم التأديب فقال (ك)من قال (لخصمه كذبت علي) بشد الياء فيما ادعيت به علي أو فيما أنكرتنى فيه ، إذ هذه مجاوبة لا إيذاء (وليسو) بضم التحتيـــة وفتح السين المهملة وشد الواو مكسورة القاضي وجوباً (بين الخصمين) في القيـام أو الجلوس

بَيْنَ ٱلْخَصْمَيْنِ ، وإنْ مُسْلِماً ، وكَافِراً . وقُدِّمَ ٱلْمُسَافِرُ ومَا يُخْشَى فَوَاتُهُ ، ثُمَّ السَّابِقُ ، قَالَ :

والقرب أو البعد والكلام والاستماع لكلامهما ورفع صوتهما والنظر اليهما وغير ذلك إن كانا مسلمين أو كافرين ، بل (وإن) كانا (مسلماً وكافراً) ابن عرفة رواية الأمهات واضحة بوجوب تسوية القاضي بين الخصمين في مجلسهما بين يديه والنظر اليهما والسماع منهما ورفع صوته عليهما . المازري لو كان الخصمان مسلماً وذمياً ففي تسويتهما في مجلسهما كمسلمين وجعل المسلم أرفع قولان . ابن عرفــة اقتصر الشيخ على الأول معزواً لأصبغ عمر لأبي موسى رضي الله تعالى عنهما وسو بـين الناس في مجلسك وعدلك ووجهك حتى لا يطمع الشريف في حيفك ولا ييأس الضعيف من عدلك .

(و) إن تعددت الخصومات عند القاضي (قدم) بفتحات مثقلاً القاضي وجوبــاً (المسافر) بالنظر في خصومته مع مسافر أو مع مقيم ، لأن تأخيره يفوته الرفقة فيتعذر عليه السفر وحده (و) قدمْ (ما يخشى فواته) بتأخيره كنكاح استوجب فسخه قبل الدخول وخيف إذا أخر النظر فيه أن يدخل الزوج بها وطعام إذا أخر فسد وإذا تعارض المسافر وما يخشى فواته قدم أشدهما ضرراً بتأخيره ، وهذا أيضاً حيث لم يكثر المسافرون جداً ، فإن كثروا جداً بحيث يحصل الضرر للمقيمين بتأخيرهم عن المسافرين أقرع بينهـم إن استوى ضررهم بالتأخير وإلا قدم أشدهما ضرراً ، نقله الشارح عن المازري .

ابن عرفة اللخمي يقدم القاضي في الخصومة الأول فالأول إلا المسافر وما يخشى فوته ، وإن تعذر معرفة الأول كتبت أسماؤهم في بطاق وخلطت فمن خرج اسمه أولاً بدأ به ، ثم قال ابن عرفة الشيخ عن سحنون الغرباء وأهل المصر سواء إلا أن يقدم الغرباء باجتهاده فيما لا يدخل على أهل المصر ضرراً وقاله أشهب ، وزاد وأرى أن يبدأ بالغرباء كل يوم ما لم يكثروا فلا يبدأ بهم . ابن حبيب عن الأخوين من شأن القضاة تقديم الغرباء وتعجيل سراهم . سحنون لا يقدم رجلاً لفضله وسلطانه .

(ثم) يقدم (السابق) إلى مجلس القاضي إن كان بحق واحد (قال) المازري من عند

وإنْ بِحَقَّيْنِ بِـلاَ طُولِ ، ثُمَّ أَقْرِعَ وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرِدَ وَقْتاً
أَوْ يَوْماً لِلنِّسَاءِ :

نفسه (وإن بحقين بلا طول) ونصه إذا وجب تقديم الأسبق ، فقال أصحاب الشافعي «رض» إنما يقدم الأسبق في حق واحد لا في سائر مطالبه ، وهذا مما ينظر فيه إن سبق بخصمين قدم فيهما مما لا يطول ولا يضر بالجماعة الذين بعده . ابن عرفة ظاهره أنه غير منصوس لأصحابنا . وفي النوادر عن أصبغ إذا قضى بين خصمين في أمر اختصما فيه ثم أخذا في حجة أخرى في خصومة أخرى ، فإن كان بين يديه غيرهما فلا يسمع منهما حتى يفرغ من بين يديه إلا أن يكون لشيء لا ضرر فيه بمن حضره فلا بأس أن يسمع منهما .

(ثم) إن استووا في المجيء أو لم يعلم السابق (أقرع) بينهم بأن يكتب أسماءهم في أوراق ويخلطها ويخرج منها ورقة فمن وجد اسمه فيها قدمه (وينبغي) للقاضي (أن يفرد) بضم التحتية وسكون الفاء وكسر الراء (يوماً) معيناً من الأسبوع (أو وقتاً) معيناً من اليوم (لـ)قضاء بين ا (لنساء) ستراً لهن وحفظاً من اختلاطهن بالرجال في مجلسه ، سواء كانت الخصومة بينهن خاصة أو بينهن وبين الرجال ، وهذا في نساء يخرجن ولا يخشى من سماع صوتهن الفتنة بهن ، وأما المخدرات واللاتي يخشى من سماع صوتهن الفتنة بهن فيوكلن من يخاصم عنهن أو يبعث لهن في منازلهن ثقة مأموناً . ابن عرفة سحنون يعزل النساء على حدة والرجال على حدة .

أشهب أرى أن يبدأ بالنساء كل يوم أو بالرجال فذلك له على اجتهاده صحيح إما لكثرة الرجال على النساء أو لكثرتهن على الرجال ، ولا يقدم الرجال والنساء مختلطين ، وإن رأى أن يجعل للنساء يوماً معلوماً أو يومين فعل . ابن عبد الحكم أحب إلي أن يفرد للنساء يوماً ، وإن احتاج لكشف وجه امرأة ليعرف بها أو ليشهد شهودها على عينها كشفه بين أيدي العدول ويأمر بتنحية غيرهم ، ويفرق بين الرجال والنساء في المجالس ، ويجعل للنصارى يوماً أو وقتاً من الأيام بقدر قلتهم وكثرتهم ويجلس لهم في غير المسجد ،

المازري إن كان الحكم بين رجل وامرأة أبعد عنها من لا خصام بينها وبينه من الرجال .
قلت وينبغي أن يبعد عنها خصمها أقصى ما يمكن أن يسمع كل منهما حجة خصمه أو أقصى ما يسمع الحاكم منهما ويذكر لكل منهما قول صاحبه ، والأول أقرب لسرعة الحكم بينهما ، وإن كانت شابة لها جمال ويخاف إن تكلمت افتتن بها من يسمع كلامها أمرها أن توكل من ينوب عنها في الكلام ، وإن احتيج إلى أن يبعث اليها في دارها من تؤمن ناحيته لسنه ودينه وورعه ممن يكلفه الحكومة في أمرها فعل ، وقد حضرت الغامدية إلى النبي ﷺ حتى أقرت بالزنا فأمر برجمها وقال في المرأة الأخرى أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فلم يأمر باحضارها . الشيخ عن أصبغ إن كان في أعوان القاضي ثقة قدمه للخصومة بينهن في منازلهن ، فإن لم يكن فهو نفسه .

وشبه في تقديم المسافر وما يخشى فواته ثم السابق ثم الإقراع وإفراد النساء بزمن فقال (كالمفتي) بضم فسكون فكسر (والمدرس) بضم ففتح فكسر مثقلاً . ابن عرفة ابن شاس وكذا المفتي والمدرس عند التزاحم . قلت لم أعرف هذا نصاً لأهل المذهب إنما قاله الغزالي في وجيزه وتخريجهما على حكم تزاحم الخصوم واضح ، وكذا على سماع عيسى ابن القاسم أحب إلي في الصانع الخياط يدفع الناس إليه ثيابهم واحداً بعد واحد أن يبدأ بالأول فالأول ، ولم أسمع فيه شيئاً ولعله أن يكون واسعاً إن كان الشيء الخفيف الرقعة ونحوها .

ابن رشد جعل الاختيار تقديم الأول فالأول دون إيجاب عليه ، إذ لم يجب عليه عمله في يوم بعينه ، وكذا قال الأخوان لا بأس أن يقدم الصانع من أحب ما لم يقصد مطلاً ، وكذا قال في الرحى ، ولسحنون لا يقدم صاحب الرحى أحداً على من أتى قبله إن كانت سنة البلد الطحن على الدولة ، فان تحاكموا قضى بينهم بسنتهم وليس قول سحنون خلافاً لقول غيره لأن العرف كالشرط . قلت وجرت عادة مدرسي تونس في الأكثر بتقديم قراءة التفسير على الحديث ، وتقديم الحديث على الفقه . البرزلي وعلى هذا يأتي التقديم في طبخ الخبز والقراءة وسائر الصنائع إن كان عرف عمل به والأقدم الآكد فالآكد ، ويقدم في

وَأَمَرَ مُدَّعٍ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ بِالْكَلَامِ ، وَإِلاَّ فَالْجَالِبُ ، وَإِلاَّ أَقْرِعَ

القراءة من فيه أهلية على غيره لتحصيل كثرة المنافع على قلتها ، وقال بعض الشيوخ الطالب الذي لا قابلية له ينبغي أن يقدم عليه غيره . وفي الحط عن ابن رشد أن الأحب إن لم يكن شرط ولا عرف تقديم الأول .

(وأمر) بضم فكسر (مدع) بضم ففتح مثقلاً ،أي أمره القاضي ونعته بنعت كاشف حقيقته فقال (تجرد) بفتحات مثقلاً ، أي خلا (قوله عن مصدق) بضم ففتح فكسر مثقلاً ، وصلة أمر (بالكلام) ويأمر المدعى عليه بالسكوت حتى يتم كلام المدعي . ابن عرفة المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة ، والمدعى عليه من اقترنت دعواه به ، فقول ابن الحاجب المدعي من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي ومعه بينته ونحوه لابن شاس ، وفي المقدمات عن ابن المسيب المدعي من قال قد كان،والمدعى عليه من قال لم يكن ، ومن عرفهما لا يلتبس عليه الحكم . ابن رشد ليس هذا على عمومه في كل موضع ، إنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على صدق دعواه ، فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل لم يكن كمن حاز شيئاً عن غير مدة الحيازة في وجه مدعي الشركة يقبل قوله مع يمينه وهو يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن ، وكذا المودع يدعي في الوديعة القول قوله وهو يقول قد كان المودع يقول لم يكن .

(وإلا) أي وإن لم يتبين للقاضي المدعي من المدعى عليه ولم يتفقا على أن أحدهما بعينه مدع والآخر مدعى عليه (فالجالب) صاحبه للقاضي هو الذي يؤمر بالكلام أولا لدلالة جلبه على أنه المدعي (وإلا) أي وإن لم يعلم الجالب وادعى كل منهما أنه المدعي (أقرع) القاضي بينهما ، قاله ابن شعبان ، ولابن عبد الحكم يقدم أيهما شاء . الشيخ لأشهب في المجموعة إن جلس الخصمان بين يديه فلا بأس أن يقول مالكما أو ما خصومتكما أو يسكت ليبتدياه ، فإن تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يسمع حجة المدعي

فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ ، قَالَ : وَكَذَا شَيْءٌ ، وَإِلَّا لَمْ تُسْمَعْ : كَأَظُنُّ ،

ثم يسكته ويستنطق الآخر ليفهم حجة كل منهما ولا يبتدىء أحدهما فيقول ما تقول أو مالك إلا أن يكون علم أنه المدعي ، ولا بأس أن يقول أيكما المدعي ؛ فإن قال أحدهما أنا وسكت الآخر فلا بأس أن يسأله عن دعواه ، وأحب إلي أن لا يسأله حتى يقر خصمه بذلك ، وإن قال كل منهما للآخر هذا المدعي أقامهما عنه حتى يأتيه أحدهما فيكون هو الطالب ، وقاله أصبغ .

ابن عبد الحكم إن ادعى كل منهما أنه المدعي ، فان كان أحدهما جلب الآخر فالجالب المدعي ، وإن لم يدر الجالب بدأ بأيهما شاء ، وإن كان أحدهما ضعيفاً فأحب إلي أن يبتدىء بالآخر . اللخمي إن صرفهما لدعوى كل منهما أنه الطالب فأبى أحدهما الانصراف بدأبه ، وإن بقي كل منهما متعلقاً بالآخر أقرع بينهما ، وإن كان لكل منهما على الآخر طلب وتشاحا في الابتداء أقرع بينهما وقيل الحاكم بالخيار ، واستحب ابن عبد الحكم أن يبتدىء بالنظر لاضعفهما .

وإذا أمر المدعي بالكلام (فيدعي) المدعي (بـ) شيء (معلوم) قدره وجنسه وصفته لا مجهول (محقق) بضم ففتحتين مثقلاً لا مظنون ولا مشكوك ولا موهوم (قال) المازري من عند نفسه (وكذا) أي المعلوم في صحة الدعوى به (شيء) أو حق أو مال ترتب لي في ذمته من بيع أو قرض ، وجهلت قدره لنسيانه بطول مدته (وإلا) أي وإن لم يكن معلوماً ، بل مجهولا كشيء أو مظنوناً (لم تسمع كأظن) أن لي عنده كذا ، أو في ظني وأحرى أشك . ابن شاس الدعوى المسموعة هي الصحيحة وهي أن تكون معلومة صحيحة ، فلو قال لي عليه شيء لم تقبل دعواه . ابن عرفة هذا نقل الشيخ عن عبد الملك ونقله المازري عن المذهب قال وعندي لو قال الطالب أتيقن عمارة ذمة المطلوب بشيء أجهل مبلغه وأريد جوابه يذكره مفصلا أو إنكاره جملة لزمه الجواب. ابن شاس وكذلك لو قال أظن أن لي عليك شيئاً فلا تقبل دعواه أيضاً .

ابن عرفة فاختصره ابن الحاجب بقوله وشرط المدعي به أن يكون معلوماً محققاً فقبله شارحاه ولم يذكرا فيه خلافاً ، وسمع القرينان من دخل بزوجته ثم مات فطلبت صداقها حلف الورثة ما نعلم أنه بقي عليه صداق . ابن رشد فإن نكلوا عن اليمين حلفت الزوجة أنها لم تقبض صداقها واستوجبته لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبضه فرجعت هذه اليمين على غير ما نكل عليه الورثة ، ولها نظائر . الحط ابن فرحون الشرط الأول أن تكون معلومة ، فلو قال لي عليه شيء فلا تسمع دعواه لأنها مجهولة قاله ابن شاس ، ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه ، وقد قال المازري في هذه الدعوى وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى به على وجه التفصيل وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب . أما لو قال لي عليه شيء من فضلة حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة ، وكذلك لو ادعى حقاً له في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقاً لا يعلمون قدره ، فهي دعوى مسموعة ، وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادة الناقصة اه .

فقوله أما الخ يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف ، فهو مخصص لقوله معلوم وقوله بمعلوم محقق نحوه لابن الحاجب ، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة بها على القول به ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره ، ففي آخر كتاب الشفعة من المدونة ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه ، فان جهلاه جميعاً جاز ذلك ، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه ، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه اه .

وقال المتيطي في كتاب الصلح لو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ، ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك رضي الله تعالى عنهما أن يقال للمشهود له سم ما شئت واحلف عليه وخذه ، فإن أبى أخرجت الدار من المطلوب

وَكَفَاهُ بِعْتُ ، وَتَزَوَّجْتُ ، وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَإِلَّا فَلْيَسْأَلْهُ الحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ ،

ووقفت حتى يقر بشيء ، قال مطرف وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا أنـــه إذا لم تعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك « رض » فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام على ذلك .

(وكفاه) أي المدعي في بيان سبب المدعي به قوله (بعت) شيئاً للمدعى عليـــه بدينار مثلا ولم أقبضه منه (و) كفى قـــول مرأة مدعية على رجل بصداق وأنكره (تزوجت) المدعى عليه بعشرة دنانير ولم أقبضها منه ، قالوا وبمعنى أو (وحمل) بضم فكسر البيع أو التزوج الذي أطلقه المدعي (على) البيع أو التزوج (الصحيح)باستيفاء أركانه وشروطه ، لأنه الأصل والغالب في عقود المسلمين . ابن شاس إذا ادعى في النكاح أنه تزوجها تزوجاً صحيحاً سمعت دعواه ولا يشترط أن يقول بولي وبرضاها ، بـــل لو أطلق سمع أيضاً ، وكذا في البيع ، بل لو قال هي زوجتي لكفاه الإطلاق (وإلا) أي وإن لم يبين المدعي سبب ما ادعى بـــه (فليسأله) أي المدعى (الحاكم عن السبب) للمدعى به لاحتمال عدم إيجابه شيئا أصلا كبيع مسلم خمراً أو خنزيراً أو إيجابه أقل من المدعى به كربا .

(تنبيهات)

الأول : الحط ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب يؤخذ هذا من قول المصنف بعد هذا وللمدعى عليه السؤال عن السبب ، وإذا لم يلزم ذلك فأحرى أن لا يكون مـــن شرط صحتها ذكر تسليم المبيع إذا كان مثلياً وهو واضح ، بخلاف الشهادة على ما ذكره ابن فرحون فيما ينبغي له في أداء الشهادة والله أعلم . طفي فيه نظر ، إذ صحتها متوقفة على ذلك ففي المجموعة عن أشهب إن أبى المدعي أن يذكر السبب ولم يدع نسيانه فـــلا يسأل المطلوب عن شيء ونحوه في كتاب ابن سحنون . الشارح ووجهه أن السبب الذي يذكره المدعي قد يكون فاسداً فلا يترتب على المدعى عليه بسببه غرامة اهـ ، وقال ابن عرفة

ظاهر قول المازري ومن نقل عنه توجه دعوى المدعي بايجاب جوابه خصمه بمجرد قوله لي عند هذا الف درهم وليس كذلك ، بل لا بد من بيان ما به تقررت له عليه من سلف أو معاوضة أو بت عطية أو عدة اه ، ولا حجة له في قوله وللمدعى عليه السؤال عن السبب ، لأن الأصل أن السائل هو الحاكم ، فإن لم يبينه له فلا تسمع الدعوى ، فإن غفل الحاكم عنه قام المدعى عليه مقامه ، هذا الذي عليه الأئمة كالمتيطي وغيره خلاف ماتقدم عن الشارح ، ففي المتيطية عن ابن حارث يجب على القاضي أن يقول للمدعي من أين وجب لك ما ادعيت به وعلى هذا شرح عج وغيره ، والله أعلم . البناني بل الظاهر ما قاله الحط ، إذ لو كان ذكره من تمام صحة الدعوى ما قبل نسيانه ولبطلت الدعوى إذا لم يذكره ولم يسأل عنه وليس كذلك فيهما ، ولا دليل له في كلام المجموعة لاحتمال أنه لما قويت التهمة بامتناعه عن ذكره بعد السؤال عنه لم يكلف المطلوب بالجواب ، والله أعلم .

الثاني : ابن فرحون الثاني من شروط المدعى به أن يكون مما أقر به المدعى عليه لزمه ، كمن ادعى على رجل بهبة وقلنا إنها تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب ، وإن قلنا بقول المخالف والشاذ عندنا أنها لا تلزم بالقول فلا يلزم المدعى عليه الجواب ، وكذا العدة على عدم لزومها والوصية .

الثالث : ابن فرحون فصل في تصحيح الدعوى والمدعى به أنواع ، فان كان شيئا معينا وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعى به ، ويذكر أنه في يد المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك ، ولا يشترط في المدعي أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع . الحط قوله أو غير ذلك يدخل فيه قوله ضاع أو سرق مني ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يده ، وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب .

الرابع : البناني قوله بمعلوم محقق زاد غير المصنف أن تكون الدعوى معتبرة يتعلق بها غرض صحيح لا تكذبها العادة ، وتكون مما لو أقر بها المدعى عليه تلزمه ،

ثُمَّ مُدَّعَى عَلَيْهِ تَرَجَّحَ قَوْلُهُ بِمَعْهُودٍ ، أَوْ أَصْلٍ بِجَوَابِهِ ،

واحترز بمعتبرة من دعوى نحو القمحة والشعيرة وبغرض صحيح من دعوى أجرة علي محرم وبقوله لا تكذبها العادة من دعوى دار بيد حائز يتصرف فيها عشر سنين والمدعي حاضر ساكت ، وبالأخير من دعوى الهبة على عدم لزومها بالقول والوعد كذلك والوصية .

الخامس : اقتضى كلام تت أن فرض المسألة أنه من ادعى شيئا يكفيه في بيان سببه بعت وتزوجت فقط وليس كذلك ، بل فرضها أن من ادعى بيع شيء او اشتراءه كفاه بعت أو اشتريت ، و كذا من ادعى تزوج امرأة فيكفيه تزوجتها ، ففي الجواهر إذا ادعي في النكاح أنه تزوجها تزوجا صحيحا سمعت دعواه ، ولا يشترط أن يقول بولي وبرضاها ، بل لو أطلق تسمع أيضا . وكذا في البيع ، بل لو قال هي زوجتي لكفاه الإطلاق اه ، وبه شرح «ق» كلام المصنف ، وهكذا فرض المسألة الشارح ، لكن في المتيطي عن ابن حارث يجب على القاضي أن يقول للمدعي من أين وجب لك ما ادعيت به ، فإن قال من بيع أو سلف أو ضمان أو تعد أو شبهة فلا يكلف أكثر من ذلك ا ه ، فعليه يأتي تقرير تت ، ويلائم قوله وإلا فليسأله الخ . تت وإن لم يذكر السبب الخ ،وقال الشارح الذي ذكره الأشياخ إن المدعى عليه هو الذي يسأل المدعي عن السبب ، وإلا يحتمل أنه أراد وإن لم يتنبه المدعى عليه لذلك ، فان الحاكم يقوم مقامه .

(ثم) أمر القاضي شخصاً (مدعى عليه) وكشف حقيقته بنعته بقوله (ترجح) بفتحات مثقلا . أي تقوى (قوله بـ) موافقة شيء (معهود) أي معروف بين الناس . ابن فرحون المعهود الجاري بين الناس (أو) ترجح قوله بموافقة (أصل) ابن فرحون أي حال مستصحب . الحط المعهود هو شهادة العرف ونحوه ، والأصل استصحاب الحال قاله ابن عبد السلام ، وصلة أمر (بجوابه) أي المدعي . ابن عرفة إذا ذكر المدعي دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضي الخصم بجوابه إذا استحقت الدعوى جواباً ، وإلا فلا ، كقول المدعي هذا أخبرني البارحة أنه رأى هلال الشهر أو سمع من يعرف بلقطة ولا

إِنْ خَالَطَهُ بِدَيْنٍ ، أَوْ تَكَرُّرِ بَيْعٍ ،

يتوقف أمره بالجواب على طلب المدعي ذلك لوضوح دلالة حال التداعي عليه .

وقال المازري إن لم يكن من المدعي أكثر من الدعوى كان يقول للقاضي لي عند هذا ألف درهم فللشافعية في أحد الوجهين أنه ليس للقاضي طلب المدعى عليه بجواب لعدم تصريح المدعي بذلك ، وذكر أن أخوين بالبصرة كانا يتوكلان على أبواب القضاة ، وكان لهما فقه ، فلما ولي عيسى بن أبان قضاء البصرة وهو ممن عاصر الشافعي «رض» أراد الأخوان أن يعلماه مكانهما من العلم فأتياه ، فقال له أحدهما لي عند هذا كذا وكذا ، فقال عيسى للآخر أجبه فقال المدعى عليه ومن أذن لك أن تستدعي جوابي وقال المدعي لم آذن لك في ذلك فوجم عيسى بن ابان فقالا له إنما أردنا أن نعلمك مكاننا من العلم وعرفاه بأنفسهما وهي مناقشة لا طائل تحتها ، لأن الحال شاهدة بذلك وهو ظاهر مذهب العلماء . ابن عرفة وظاهره إيجاب جوابه بمجرد قوله لي عنده كذا وليس كذلك ، بل لا بد من بيان السبب من سلف أو معاوضة أو بت عطية من مال أجنبي .

وذكر شرط أمر المدعى عليه بالجواب فقال (إن خالطه) أي المدعي المدعى عليه (بدين) من قرض أو بيع بثمن مؤجل ولو مرة (أو) خالطه بـ (تكرر بيع) بثمن حال . «ق» اللخمي من ادعى قبل رجل دعوى فأنكره فلا يحلفه بمجرد الدعوى إلا بما ينضاف اليها من خلطة أو شبهة أو دليل ، وذلك يختلف باختلاف المدعي فيه . الباجي الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة هي المداينة ، فمن ادعى ثوباً بيد إنسان أنه له فأنكره فاليمين على المدعى عليه . ابن زرقون لأنها في دعوى معين . وقيل لا يحلف في دعوى المعين إلا بلطخ أو شبهة . المازري قال المتقدمون كابن القاسم الخلطة أن يبايع إنسان انساناً بالدين مرة واحدة أو بالنقد مراراً . تت هذا ظاهر كلام البساطي وهو منصوص .

ابن القاسم وتعقبه الشارح بأن الذي ذكره الأشياخ أن الخلطة في توجه اليمين لا في الدعوى والأمر في ذلك قريب اهـ ، وما ذكره من أن الخلط شرط في توجه اليمين عليه

جماعة . وقال ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة وهو الذي عليه عمل القضاة بمصر . ابن عرفة وعليه عمل القضاة عندنا . « غ » في بعض النسخ إن خالطه بأداة الشرط ، وفي بعضها وخالطه بالعطف على ترجيح ولا يخفاك ما فيهما معاً من القلق ، فإن الخلطة شرط في توجه اليمين لا في الأمر بالجواب ، ولا في سماع الدعوى ، وتكليف البينة كما تعطيه عبارتاه .

ابن عرفة قطع ابن رشد في سماع أصبغ أن مذهب مالك «رض» وكافة أصحابه الحكم بالخلطة ، ومثله لابن حارث ونقل ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة . ابن عرفة ومضى عمل القضاة عندنا عليه ، ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا أن طلبها منه المدعى عليه ، والعجب من ابن عرفة حيث أغفل تمام كلام ابن رشد في السماع المذكور ، ونصه وفي المبسوطة لابن نافع أنه قال لا أدري ما الخلطة ولا أراها ولا أقول بها وأرى الأيمان واجبة على المسلمين عامة بعضهم على بعض ، لحديث رسول الله ﷺ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، وأغفل أيضاً قول المتيطي آخر الحمالة والرهون ، وقال محمد بن عبد الحكم تجب اليمين على المدعى عليه دون خلطة ، وبه أخذ ابن لبابة وغيره . وقال ابن الهندي كان بعض من يقتدى به يتوسط في مثل هذا إذا ادعى قوم على أشكالهم بما يوجب اليمين أوجبها دون إثبات الخلطة ، وإن ادعى على الرجل العدل من ليس من شكله فلا يوجب عليه اليمين إلا بإثبات الخلطة .

وقال أبو الحسن هذه من المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب الإمام مالك «رض» لأنهم لا يعتبرون خلطة ، ويوجبون اليمين بمجرد الدعوى وعليه العمل اليوم اهـ، وقبله العبدوسي ، البناني صواب هذا التأخير عن قوله فإن نفاها واستحلفه الخ ، ولعل تقديمه من مخرج مبيضته والعمل جرى بثبوت اليمين ولو لم يثبت خلطة قاله أبو الحسن وابن عرفة وغيرهما .

وإنْ بِشَهَادَةِ ٱمْرَأَةٍ ، لَا بَيِّنَةٍ جُرِّحَتْ ، إلَّا الصَّانِعُ ، وَٱلْمُتَّهَمَ ،

(و) تثبت الخلطة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بل و (إن بشهادة امرأة) واحدة عند ابن القاسم . ابن المواز إن أقام المدعي شاهد بالخلطة حلف المدعى عليها وتثبت الخلطة ثم يحلف المدعى عليه ، وقال ابن كنانة شهادة امرأة واحدة توجب اليمين أنه خالطه . وفي المفيد لا تثبت الخلطة إلا بشاهدين عدلين ، ولا تثبت باليمين مع الشاهد . البناني ليس في المذهب مسألة يحكم فيها بشهادة امرأة الا هذه قاله المسناوي (لا) تثبت الخلطة (بـ) شهادة (بينة) بحق مدعى به أنكره المدعى عليه (جرحت) بضم فكسر مثقلا من المدعى عليه بعد شهادتها عليه والأعذار له فيها بعداوة له أو غيرها ، فلا تثبت الخلطة بينهما بشهادتها التي سقطت بالتجريح ، فلا يحلف المدعى عليه ، فإن ادعى المدعي على المدعى عليه بحق آخر فانكره المدعى عليه فلا تثبت الخلطة بينهما الموجبة لتحليفه بالشهادة الأولى التي سقطت بالتجريح .

«ق» روى ابن القاسم عن مالك «رض» فيمن أقام شهوداً عدولاً على رجل بحق فاقام الرجل بينة أنهم معادون له فسقطت شهادتهم فهم كمن لم يشهدوا وكافة رأى أن لا يحلف ، وكذلك عنه في العتبية . « غ » هو مثل قول المتيطي وإن كان الطالب أقام بينة بالدين فسقطت بوجه مما تسقط به الشهادة أو جرحها المطلوب فليس ذلك بخلطة توجب اليمين عليه قاله مالك وابن القاسم وسحنون «رض» . وقال بعض العلماء أن ذلك خلطة توجب اليمين عليه ، وكذلك إن ترافعا بعد ذلك في حق آخر فقضى بينهما فليس ذلك بخلطة .

واستثنى ثمان مسائل تسمع فيها الدعوى وتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه بدون ثبوت خلطة فقال (إلا) الشخص (الصانع) كالخياط والحياك والصواغ فتسمع الدعوى عليه وتتوجه عليه اليمين ، وإن لم تثبت خلطة بينه وبين المدعى ، لأن تنصيب نفسه للناس بمنزلة ثبوت الخلطة بينهما . « غ » الأول الصانع واندرج فيه التاجر (و) إلا لشخص (المتهم) بفتح الهاء بسرقة أو تعد أو ظلم فكذلك «غ» الثاني المتهم بالسرقة

والعداء والظلم ، ابن يونس أصبغ خمسة عليهم الأيمان بـلا خلطة الصانع والمتهم بالسرقة والرجل يقول عند موته أن لي عند فلان ديناً والرجل يمرض في الرفقة ، فيدعي أنه دفع ماله لرجل ، وإن كان المدعى عليه عدلاً وكذلك من ادعى عليه رجل غريب نزل في مدينة أنه استودعه مالاً . ابن عرفة نقل ابن رشد هذه الخمسة غير معزوة كأنها المذهب. الباجي عن يحيى بن عمر الصناع تتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم في صناعتهم دون خلطة لأنهم نصبوا أنفسهم للناس ويلزمه مثله في تجار السوق .

(و) إلا الشخص (الضيف) «غ» والثالث الغريب ينزل بمدينة فيدعي على رجل منها أنه استودعه مالا ، فكأنه عـــبر بالضيف عن الغريب الطارىء على البلد ، سواء ضيفه المدعى عليه أم لم يضيفه ، وهذا يساعد ظاهر نص المتيطي ، ويتبادر من لفظ المصنف غير هذا ، ولكن لم أر من ذكره ابن مرزوق لم أر من ذكر هذا الفرع على الوجه الذي يظهر من كلام المصنف ، وإنما تكلموا على الغريب إذا أودع وديعة عند رجل من أهل البلد فأنكره فيها فتتوجه له عليه اليمين اهـ ، ونقل الحـط عن ابن فرحون أن من هـــذه النظائر الرجل يضيف الرجل فيدعي عليه اهـ ، لكن قد يقال إن ابن فرحون أخذه من يد المصنف والله أعلم .

(و) إلا المدعى عليه (في) شيء (معين) بضم الميم وفتح العين والتحتية مثقلا . «غ» والرابع الدعوى في شيء معين . عبد الحق عن بعض القرويين إنما تراعى الخلطة في الأشياء المستهلكة وفيما تعلق بالذمة ، وأما الأشياء المعينة فاليمين واجبة فيها من غـــير خلطة . وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا لا تجب اليمين إلا بالخلطـة في الأشياء المعينة وغيرها إلا مثل أن يعرض رجل سلعة في السوق للبيع ، فيأتي رجل فيقول قد بعتهامني ، فمثل هذا تجب فيه اليمين ، وإن لم تكن خلطة وهذا القول أبين عندي ونحوه لابن يونس ، قال لأنه عرضها لما ادعى عليه به فصار تهمة توجب عليه اليمين ، وهذا القول عندي أشبه بالمذهب للأثر ومن جهة النظر .

وَٱلْوَدِيعَةَ عَلَى أَهْلِهَا ، وَٱلْمُسَافِرَ عَلَى رُفْقَتِهِ ، وَدَعْوَى مَرِيضٍ أَوْ بَائِعٍ عَلَى حَاضِرِ ٱلْمُزَايَدَةِ ، فَإِنْ أَقَرَّ ، فَلَهُ ٱلْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ،

(و) إلا من ادعى (الوديعة على أهلها) وهو ممن يودع عنده مثلها ، وقيد اللخمي بثلاثة قيود كون المدعي يملك مثل ذلك في جنسه وقدره ، وكون المودع ممن يودع مثل ذلك وحصول أمر يوجب الإيداع ، وكلام المصنف يشمل هذه القيود . « غ » الخامس دعوى الوديعة على من هو أهل لأن يودع عنده مثل هذا المال . قال في توضيحه وقيده أصبغ وغيره بأن يكون المودع غريباً ، وقيده اللخمي بثلاثة قيود أن يكون المودع يملك مثل ذلك المال في جنسه وقدره ، وأن يكون المدعى عليه ممن يودع عنده مثل ذلك ، وأن يكون هناك ما يوجب الإيداع . البناني ذكر ابن عاشر أن هذا مشكل،لأن الوديعة لا يحلف فيها إلا المتهم وأهل الوديعة ليسوا بمتهمين. قلت لا ورود لهذا لتفسيرهم أهلها بما يعم المتهم والله أعلم .

(و) إلا الشخص (المسافر) المدعي (على رفقته) أنه دفع لهم أو لبعضهم ما لا وديعة . « غ » السادس المسافر يدعي أنه دفع مالاً لبعض أهل رفقته (و) إلا (دعوى) شخص (مريض) أن له على فلان ، كذا نص عليه أصبغ . «غ» السابع الرجل يوصى عند موته أن له على فلان كذا .

(أو) دعوى شخص (بائع) أي معرض سلعة لبيعها (على) شخص (حاضر المزايدة) في ثمنها من الذين يريدون شراءها انه ابتاعها منه « غ » الثامن عبر عنه المتيطي بقوله الرجل يحضر المزايدة فيقول البائع بعتك بكذا ويقول المبتاع بل بكذا وكذا رأيته في نسختين من المتيطية ، وقد ظهر لك أن بعض هؤلاء مدعى عليه كالصانع والمتهم وبعضهم مدع كالضيف والمريض ، فهذه ثمانية ذكر المتيطي جميعها في الحمالة والرهون إلا السلعة المعينة ، فلم يذكرها في النظائر ، وقد ذكرها عبد الحق وابن يونس وإلا الوديعة على أهلها ، فلم يذكرها على هذا الوجه الأعم ، وذكرها اللخمي وغيره .

وإذا أمر المدعى عليه بالجواب (فإن أقر) المدعى عليه بما ادعى به المدعي (فله)

وَلِلْحَاكِمِ : تَنْبِيهُهُ عَلَيْهِ ، وإِنْ أَنكَرَ قَالَ : أَلَكَ بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ نَفَاهَا وَأَسْتَحْلَفَهُ ، فَلاَ بَيِّنَةَ ، إِلاَّ لِعُذْرٍ : كَنِسْيَانٍ ،

أي المدعي (الإشهاد) للعدول الحاضرين على المدعى عليه باقراره خوف رجوعه عنه وإنكاره (وللحاكم تنبيهه) أي المدعي (عليه) أي الإشهاد إن غفل عنه لما فيه من تقليل الخصام وقطع النزاع وتحصين الحق ، وليس من تلقين الخصم حجة . « ق » ابن عبد الحكم يأمر القاضي المدعى عليه أن يتكلم حين يفرغ المدعي من كلامه ثم يسأله أيقر أم ينكر ، فإن أقر قال للطالب أشهد على إقراره إن شئت لئلا يرجع عنه أشهب للقاضي أن يشد عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه ليبسط أمله ورجاءه في العدل ، ويلقنه حجة عمى عنها إنما يمنع تلقين أحدهما الفجور . وقال سحنون لا ينبغي أن يشد عضد أحدهما ولا يلقنه حجة ، وكان سحنون إذا سمع الدعاوى والإنكار أمر كاتبه فكتبهما ثم عرض ما كتبه عليهما ، فإن وافقا عليه أقره ، ولأصبغ إذا أقر أحدهما بما فيه للآخر نفع فلا بأس أن ينبهه القاضي بقوله هذا لك فيه نفع هات قرطاسك أكتب لك فيه ولا ينبغي له ترك ذلك .

(وإن انكر) المدعى عليه (قال) القاضي للمدعي (الك بينة) فإن قال نعم أمره باحضارها ، فإن حضرت سمع شهادتها فإن وجدها موافقة لدعوى المدعي أعذر فيها للمدعي عليه ، فإن قبل شهادتها حكم عليه ، وإن ادعى حجة أمهله لاثباتها ، فإن لم يثبتها حكم عليه .

(وإن نفاها) أي المدعي البينة بأن قال لا بينة لى (واستحلفه) أي طلب المدعي حلف المدعى عليه وحلفه القاضي وأراد المدعي بعد حلفه إقامة بينة تشهد له بدعواه(فلا بينة له) أي المدعي مقبولة بعد ذلك على الأشهر . وعن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه تقبل . وفهم من كلام المصنف أن القاضي لا يحلف المطلوب إلا بطلب المدعي .واستثنى من نفي قبول البينة بعد حلف المطلوب فقال (إلا لعذر) من الطالب في عدم إقامتها

أولاً (كنسيان) منه لها وعدم تقدم علمه بها ثم تذكرهـا أو علم بها فتقبل إن أقامها وشهدت بطبق دعواه .

« ق » فيها إن حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينة فان لم يعلم بها قضى له بها . وفي الواضحة بعد أن يحلف بالله تعالى أنه لم يعلم بها ، وإن استحلفه وهو عـالم ببينته تاركاً لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له ، وإن قدمت بينته . وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قضى بها ليهودي ، وقال البينة العادلة أحب إلي من اليمين الفاجرة . طفي قوله إلا لعذر الخ ، فله القيام بالبينة لا بالشاهد الواحد . ابن عرفة لو وجد شاهداً واحداً فقال الأخوان وابن عبد الحكم وأصبغ لا يحلف معه ولا يقضى إلا بشاهدين .

(أو وجد) المدعى شاهداً (ثانياً) كان ناسيه وحلف على ذلك أو كان بعيد الغيبـة كما في البينة وكانت الدعوى لا تثبت إلا بعدلين ، ورفعت عند مالكي فله أن يقيمه ويضمنه للاول ، ويعمل بشادتها ، وظاهره ولو حكم الحاكم برد شهادة الأول لانفراده ، وإنما لم يكن استحلاف الحاكم مبطلاً شهادة الشاهد الاول لأنه لم يحكم بابطالها ، وإنما أعرض عنها ولم يعمل بها كما في « د » قاله عب . البناني تقرير « ز » هنا صواب ، وأصله للشارح وبه قرر الشيخ أحمد وطلي وغيرهما ، ونص طفي لا يخفى نبو تقرير تت عن كـلام المصنف ، لأن فرضه فيمن نفى حجته واستحلف خصمه فحلف له فلا تقبـل بينته إلا العذر كنسيان ، أو وجد ثانياً يعني بعد حلف المدعى عليه فهو إشارة لقولها حكم بينهما ثم لا تقبل من الطالب حجة إلا أن يأتي بماله وجه مثل بينة لم يعلم بها ، أو يكون أتـى بشاهد عند من لا يقضى بشاهد ويمين فيحكم عليه ثم وجد شاهداً آخـر بعد الحكم وقال لم أعلم به فليقض بهذا الآخر .

عياض قيل ظاهر الكتاب أنه يقضي به القاضي الأول وغيره . وفي كتاب محمد إنمـا هذا للقاضي نفسه ، ولا يسمع منه غيره ولسحنون خلاف هذا كله لا يسمع منه هو ولا غيره . قال بعضهم قوله فوجه الحكم عليه استدل منـه على أن مذهبه تعجيز المدعي

والقضاء عليه ، وهي مسألة خلاف . قال المؤلف يعني عياضاً لا دليل فيه ، ولعل مراده فحكم على المطلوب باليمين على إنكاره الدعوى . وفي قولـه هذا إن ترك الحكم بشهادة الشاهد لا يضره إذا أصاب شاهداً آخر ، ولا يختلف في هذا كما اختلف إذا أبى من الحلف مع شاهده ورد اليمين على المدعى عليه . ثم قام له شاهد آخر ، لأن هـذا قد تركه ، والأول لم يتركه ا هـ . كلام عياض وهكذا قرر الشارح كلام المصنف وهو الصواب ، وما أدري ما الحامل لتت على مخالفته ، وأيضاً تقريره يؤخذ من مفهوم قوله الآتي وإن حلف المطلوب ثم أتى بآخر فلا ضم .

وأما قوله (أو مع يمين لم يره الاول) فقد أغفله الشارح ، وظاهر تقريره أنه مع قوله أو وجد ثانياً صورة واحدة ، لكن عطفه بأو ينافي ذلك ، والصواب أنها صورة مستقلة أشار بها لقول اللخمي . ابن المواز إذا كان الاول لا يحكم بشاهد ويمين ثم ولى أحد ممن يرى الشاهد واليمين كان له ذلك ، وليس حكم الثاني فسخاً لحكم الاول ، يريـــد لأن الاول من باب الترك ا هـ ، ونقله أبو الحسن في شرح المدونة فقد ظهر لك معنى كـــلام المصنف على ما ينبغي ، وكأن « غ » لم يستحضر كلام ابن المواز هذا فقال لم أفهم آخـر هذا التركيب على ما أحب ، فلعل الكاتب غير فيه شيئاً يعنى قولـــه أو مع يمين لم يره الاول ، واقتصر على كلام المدونة المتقدم ، وكلام ابن محرز عليها وقد علمت أنه لا تغيير في كلام المصنف والله الموفق .

وحكم قياس شاهد واحد فيما لا يثبت إلا بشاهدين حكم من لا يرى الحكم بالشاهد واليمين في الضم ، فيشمله قوله أو وجد ثانياً . وأما تقرير تت قولـــه أو مع يمين لم يره الاول ، ففيه تخليط لا يشتغل به محصل ، لأن كلام محمد الذي قرر به إنما هو في المسألة الاولى في ضم الشاهد الثاني للاول ، وأنه خلاف مذهب المدونة ، وأيضاً كيف يلتئم ما حكاه عن محمد مع قول المصنف لم يره الاول ، فأعجب من هذا الكلام . وأما تقرير عج ومن معه قوله أو مع يمين لم يره الاول بما إذا تغير اجتهاد القاضي للحكم بالشاهـــد

واليمين فله الحكم فينبو عنه كلام المصنف ، إذ لو أراد ذلك لقال أو مع يمين لم يره أو لا إلا أن يقرأ الاول بالنصب ، أي لم يره الزمن الاول ، وفيه من التكلف ما لا يخفى، وقد أغنانا عنه ما حكيناه عن اللخمي مطابقاً كلام المصنف والله الموفق .

البناني فرع ابن المواز لا يطابق كلام المصنف ، ولما نقله ابن عاشر قال ما نصه رأيت في شرح ابن مرزوق أن فرع محمد ليس فيه تصريح بحلف المطلوب ، وإنما هو صريح في ترك الحكم بينهما اهـ ، يعني وكلام المصنف حيث ذكره بعد واستحلافـــه يدل على أنه حكم بينهما ، فانظر ما يشهد له لإقتضائه فسخ الحكم وبه يبطـــل تورك طفي على « غ » .

قلت قول محمد ليس حكم الثاني فسخاً لحكم الأول صريح في أن إتيانه بالشاهد بعد حكم الاول ، والاول لا يحكم إلا بعد حلف المدعى عليه ، فكلامه مطابق لكلام المصنف وأيضاً فقد نقل « ق» عن المدونة ما يطابق كلام المصنف ، ونصه قوله أو وجد ثانياً أو مع يمين لم يره الاول أنظر هذه العبارة . ونص المدونة قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حجة ، فإن قالا لا حكم بينهما ثم لا يقبـــل منهما حجة بعد إنفاذ حكمه . ولو قال بقيت لي حجة أمهله ، فإن لم يأت بشيء حكم عليه ، فإن أتيا بعد ذلك يريدان نقض ذلك الحكم فلا يقبل منهما إلا أن يأتيا بأمر يرى فيه أن لذلك وجهاً . ابن القاسم مثل أن يأتي بشاهد عند من لم يقض بشاهد ويمين ، وقال الخصم لا أعلم شاهداً آخر فحكم عليه القاضي ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم فليقض بهـــذا الآخر ، ومثل أن يأتي ببينة لم يعلم بها وما أشبه ذلك وإلا فلا يقبل منه اهـ .

ونقله « غ » أيضاً وأعقبه بقول ابن محرز ضم ابن القاسم شهادة الشاهد الذي قام به الآن إلى شهادة الأول صحيح ، وليس يختلف فيه كما اختلف فيمن أقام شاهداً آخر بعـــد حلف المطلوب ، لأن هـــذا لم يكن من اليمين مع شاهده فيكون مسقطاً له بنكوله ورد

وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْهُ أَوَّلاً ، قَالَ : وَكَذَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِفِسْقِ شُهُودِهِ ،

اليمين على المطلوب ، وهو كمن قام عليه شاهد بعتق أو طلاق فحلف على تكذيبه ، ثم قام عليه شاهد آخر به فإنه يضم للشاهد الأول ، ويقضى عليه بالعتق والطلاق ، ولأنه لا يملك إسقاط الحق فيه لو كان ممكناً من اليمين لم يكن له إسقاط الحق فيه لم يكن عجزه عن شاهد آخر مانعاً له من القيام بشهادة شاهد آخر لم يعلم به أو علم به وتركه متعمداً ثم قام به غيره . وأما الذي أقام شاهداً لحق وكان له أن يحلف مع شاهد فنكل عن اليمين وردها على المدعى عليه ثم أقام شاهداً آخر فإنما قيل لا تلفق شهادة هذا إلى شهادة الأول، لأنه لما نكل عن اليمين معه فقد رضي باسقاطه وترك القيام بشهادته ، ثم اختلف هل يستقل الحكم له بيمينه مع شهادة هذا الشاهد الآخر أم لا اهـ ، مرادنا منه وبه يتضح لك الفرق بين ما ذكره المصنف هنا وما ذكره في الشهادات من قوله وإن حلف المطلوب ثم أتى بآخر فلا ضم ، وفي حلفه معه وتحليف المطلوب إن لم يحلف قولان والله أعلم .

(و) إن أنكر المدعى عليه واستحلفه المدعى فقال المدعى عليه ادعيت علي بهذا وحلفتني فيه سابقاً فأنكر المدعي فـ(له) أي المدعى عليه (يمينه) أي المدعى (لم يحلفه) أي المدعي المدعى عليه (أولاً) بشد الواو منوناً ، أي في الماضي في هذه الدعوى . المازري وبه القضاء والفتيا عندنا وللمدعي رد اليمين على المدعى عليه أنه حلفه أولا على هذه الدعوى ، ثم لا يحلف له مرة أخرى .

(قال) المازري من عند نفسه (وكذا) أي قول المدعى عليه أنك حلفتني أولاً في إيجابه تحليف المدعي قوله علمت (أنه) أي المدعي (عالم بفسق شهوده) أي المدعي الذين أشهدهم علي وأنكر المدعي علمه بفسقهم فللمدعى عليه تحليفه على أنه لم يعلم فسقهم. «ق» وكذا اختلفوا في المدعي إذا طلب يمين المدعى عليه فقال قد كنت استحلفتني فأحلف لي على أنك لم تحلفني فمن ذهب إلى أنه يجب أن يحلف له أوجب أن يحلف بشهادة شهود عدول أنه لم يعلم تفسيقهم ولا اطلع عليه إذا قال المشهود عليه أنا أعلم أنك عالم بفسق

وأَعْذَرَ إلَيْهِ : بِأَبَقِيَتْ لَكَ حُجَّةٌ ؟ وَنُدِبَ تَوْجِيهُ مُتَعَدِّدٍ فِيهِ ، إلَّا الشَّاهِدَ بِما فِي الْمَجْلِسِ ،

شهودك ، وكذلك إذا قال له إحلف لي على أنك لم تستحلفني على هذه الدعوى فيما مضى لم يكن له أن يحلف يمينا ثانية حتى يحلف أنه لم يحلفه فيما مضى ، وبهذا مضي القضاء والفتيا عندنا أنه يلزم المدعي يمين للمدعى عليه أنه ما استحلفه قبل ذلك أو يرد عليه اليمين أنه قد استحلفه على هذه الدعوى ثم لا يحلفه مرة أخرى . تت ذكر المازري في كل من هذين الفرعين خلافا ، واختار ما ذكره عنه المصنف ، وعلى هذا فلا تنبغي صيغة الفعل هنا .

(وأعذر) بفتح الهمز والذال المعجمة ، أي سأل القاضي المشهود عليه عن عذره وحجته في البينة التي شهدت عليه قبل حكمه عليه بمقتضى شهادتها . ابن عرفة الأعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه أعذاراً مصوراً (بـ) قوله له (أبقيت) بفتح همزة الاستفهام والموحدة وكسر القاف وفتح التحتية وسكون الفوقية (لك حجة) بضم الحاء ، أي عذر في البينة التي شهدت عليك . المتيطي لا ينفذ القاضي حكمه على أحد حتى يعذر اليه برجلين وإن أعذر بواحد أجزأه على ما فعل النبي ﷺ في أنيس ، إذ قال له أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها .

الحط اختلف في وقت الإعذار إلى المحكوم عليه، فقيل قبل الحكم وبه جرى العمل، وقيل بعد الحكم ذكره في مفيد الحكام ، ونقله ابن فرحون في تبصرته . وفي مسائل ابن زرب ولا تتم قضية القاضي إلا بعد الأعذار اهـ ، ابن عبد السلام الأول هو المشهور ، وفي التحفة انه المختار .

(وندب) بضم فكسر (توجيه متعدد) أو اثنين أو أكثر (فيه) أي الأعذار لغائب عن مجلس الحكم كمخدرة ومريض . تت عبر المتيطي وصاحب المعين عن ذلك بينبغي ، قالا وإن أعذر اليه بواحد أجزأه ، واستثنى ممن يعذر فيه خمسة لا أعذار فيهم فقال (إلا الشاهد بما) حصل (في المجلس) للقضاء من إقرار أو غيره فلا يعذر فيه عند الأكثر

لمشاركة القاضي في العلم ، فلو أعذر فيه لا عذر في نفسه وبه مضى أهل العمل. ابن سهل ما حصل في مجلس القاضي من الإقرار بين يديه لا أعذار في الشاهد به ، وقد أسقط مالك « ر ض » الاعذار فيمن عدل عند القاضي فكيف به فيمن عدل عنده ، وشهد عنده بما سمعه في مجلسه .

(و)إلا (موجهه) بضم الميم وفتح الواو والجيم مثقلا، أي الشاهد الذي وجهه وأرسله القاضي لسماع دعوى أو جواب مخدرة أو مريض أو حيازة عقار . المتيطي أبو ابراهيم لا أعذار فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة لا تخرج أو مريض ، كذلك ابن سهل سألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا أعذار فيمن وجه للاعذار (و)إلا (مزكى) بضم الميم وفتح الزاي والكاف مثقلة ، أي الشاهد الذي زكاه عند القاضي المعدول في (السر) فلا يعذر فيه . وتقرير البساطي يفيد أنه بكسر الكاف أي العدل الذي اتخذه القاضي للتزكية في السر .

ابن رشد تعديل السر يفترق من تعديل العلانية في أنه لا أعذار فيه. في الخرشي وعب إن كسر الكاف أولى من فتحها ، لأنه يؤخذ من الكسر عدم الإعذار في مزكاه ، بخلاف الفتح فلا يؤخذ منه عدم الإعذار في المزكي بالكسر . المسناوي فيه نظر بل الظاهر العكس فالفتح أولى ، لأن عدالة المزكي بالكسر هي بعلم القاضي وعدالة مزكاه بالفتح هي بعلم المزكي لا بعلم القاضي ، فعدالة المزكي بالكسر أقوى ، فإذا لم يعذر في الأضعف فلا يعذر في الأقوى بالأولى.

(و)إلا الشاهد (المبرز) بضم الميم وفتح الموحدة وكسر الراء ، أي الزائد على أقرانه في العدالة فلا يعذر فيه (بغير عداوة) للمشهود عليه وقرابة للمشهود له، ومفهومه الاعذار في المبرز بالعداوة والقرابة ، وهو كذلك . اللخمي يسمع الجرح في المتوسط في العدالة مطلقاً . وفي المبرز تجريح العداوة والقرابة وشبههما (و)إلا الشاهد على (من) أي مشهود عليه (يخشى) بضم التحتية (منه) أي المشهود عليه ضرر الشاهد عليه فلا يعذر له فيه

ولا يذكر له اسمه . قال القاضي ابن بشير لمـــا سأله الوزير عمن شهد عليه مثلك لا يخبر بذلك .

اللخمي يستحب كون التجريح سراً إلا ان كان الشاهد أو المشهود له ممن يتقى شره . طفي لما تكلم في التوضيح على المسائل التي لا إعذار فيها قال وتزاد سادسة ، نقلت عن ابن بشير القاضي وذكر حكايته، ثم قال وإن كان نص المدونة أنه يخبره بمن شهد عليه وبالشهادة فلعل عنده حجة وإلا حكم عليه اه ، فقد اعترف كما ترى أن قضية ابن بشير القاضي خلاف مذهب المدونة، وانه إنما أتى بها جمعاً للنظائر فقط، فالدرك عليه حيث اعتمد في مختصره الذي جعله مبيناً لما به الفتوى خلاف مذهب المدونة وابن بشير القاضي أدرك مالكاً فليس هو ابن بشير تلميذ المازري .

البناني ولفظ ابن يونس صريح في أن المذهب خلاف ما لابن بشير ، ونصه قال الإمام مالك «رض» ولا يشهد الشهود عند القاضي سراً وإن خافوا من المشهود عليه أن يقتلهم ، إذ لا بد أن يعرفه القاضي بمن شهد عليه ويعذر إليه فيه . قال وإن كان القاضي بعث من يسأل عنهم سراً يعذر فيمن عدلهم .

(و) اذا قال القاضي للمشهود عليه أبقيت لك حجـــة فقال نعم (انظره) أي أمهل القاضي المشهود عليه (لها) أي لإثبات الحجة التي ادعاها وضرب له أجلاً (باجتهاده) ما لم يتبين له لدده. تت ظاهر كلامه أن التلوم باجتهاد الحاكم من غير تحديد ، والذي في معين الحكام أنه موكول إلى اجتهاد خمسة عشر يوماً ثم ثمانية ثم ثلاثة تلوماً ، هذا في الأموال، وفي غيرها ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثـــة اه ، وفي وثائق أبي القاسم في الأصول الشهرين والثلاثة ، وفي الديون ثلاثة أيام ، وفي البينات وحل العقود ثلاثون يوماً ، وفي غير الأصول ثمانية أيام ثم ستة ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة فهي سبعة وعشرون يوماً ، وللقاضي جمعها وتفريقها جرى به العمل . طفي عبارة ابن القاسم في وثائقه وفي إثبات الديون ثلاثة أيام ونحوها ، وفي الإعذار في البينات وحل العقود ثلاثون يوماً ، وللقاضي جمعـــا وبتفريقها جرى العمل اه .

(ثم حكم) أي يحكم القاضي بعد مضي الأجل ولم يثبت الحجة التي ادعاها بما شهدت به عليه البينة ، وشبه في الحكم فقال (كنفيها) أي الحجة بأن قال في جواب قول القاضي له أبقيت لك حجة لا حجة لي فيحكم عليه بلا إنظار . ابن رشد ضرب الأجل للمحكوم عليه فيما يدعيه من بينته مصروف لاجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر له .

(و) إن أقام المدعي بينة وأعذر فيها للمشهود عليه وأتى ببينة تجرحها وسئل القاضي عمن جرحها فـ (ليجب) بضم التحتية وكسر الجيم ، القاضي من سأله عمن جرح بينته وصلة يجب (عن المجرح) بضم الميم وفتح الجيم وكسر الراء مثقلة. اللخمي يستحب كون التجريح سراً لأن في إعلانه أذى للشاهد ، ومن حق الشاهد والمشهود له أن يعلما بالمجرح، إذ قد يكون بينه وبين المشهود عليه قرابة أو غير ذلك مما يمنع التجريح ، واختلف إن كان الشاهد والمشهود له ممن يتقى شره (ويعجزه) بضم التحتية وفتح العين وكسر الجيم مثقلة ، أي القاضي المشهود عليه إذا مضى الأجل ولم يثبت حجته . طفي أي يحكم عليه بمقتضى الشهادة فليس التعجيز شيئاً زائداً على الحكم عليه بمقتضى الشهادة ، فلا يشترط تلفظه بمادة التعجيز ، وإنما يكتب التعجيز لمن يسأله تأكيداً للحكم ، لا لأن عدم سماع الحجة يتوقف عليه ، ففي التوضيح في قول ابن الحاجب فإن قال نعم انتظره ما لم يتبين لدده ما ذكره من أنه إذا ذكر أن له حجة وتبين لدده يقضي القاضي عليه هو التعجيز ، وتقدم في كلام عياض أنه استدل بقوله فحكم عليه على تعجيز الطالب، وجوابه عن ذلك ، وقد عزا ابن رشد للمدونة أنه تقبل منه البينة التي أتى بها بعد التعجيز طالباً كان أو مطلوباً إذا كان لذلك وجه قائلاً هو ظاهر ما في المدونة ، إذ لم يفرق بين تعجيز الطالب والمطلوب ، وهو الذي عني المصنف بقوله في فصل تنازع الزوجين ، وظاهرها القبول الخ .

والمدونة لم تصرح بعنوان التعجيز كما علمت نصها آنفاً من قولها حكم بينهما ثم لا يقبل من المطلوب حجة الخ ، فقد ظهر لك أن مجرد الحكم هو التعجيز ، وقول أبي القاسم

الجزيري في وثائقه ، وتبعه ابن فرحون إن كان الحاكم قد قضى على القائم بإسقاط دعواه حين لم يجد بينته من غير صدور تعجيز ، ثم وجد بينته فله القيام بها ، ويجب القضاء له يقتضي أن التعجيز غير القضاء ، وإن عدم سماع الحجة إنما هو بعد التعجيز لا بعد القضاء، وليس كذلك لما علمت ، إلا أن يكون مراده قضى عليه قبل إثبات عجزه بدليل قوله من غير صدور تعجيز إذا تمهد هذا فقوله إلا في دم الخ، لا يأتي على ما درج عليه في قوله إلا لعذر كنسيان الخ من قبول ما أتى به بعد التعجيز إن كان له وجه من نسيان وعدم علم ، وهو مذهب المدونة ، ولا فرق بين الطالب والمطلوب ، وأنــه يقبل منهما في كل شيء لا خصوصية لهذه المستثنيات ، وإنما ياتي على قول ابن القاسم لا يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز ، وإن كان له وجه .

ابن رشد اختلف فيمن أتى ببينة بعد الحكم عليه بالتعجيز هل تقبل منــه أم لا على ثلاثة أقوال ، أحدها : لا تقبل منه كان الطالب او المطلوب ، وهو قول ابن القاسم في تعجيز الطالب ، وإذا قاله في الطالب فاحرى ان يقوله في المطلوب . الثاني : قبولها منه كان الطالب او المطلوب إذا كان لذلك وجه وهو ظاهر ما في المدونة ، إذ لم يفرق بين تعجيز الطالب والمطلوب . الثالث : تقبل من الطالب ولا تقبل من المطلوب وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ ، لأنه إنما قاله في الطالب والمطلوب بخلافه، إذ المشهور فيه أنه اذا عجز وقضى عليه مضى الحكم ولا يسمع منه ما أتى به بعد ذلك ، ثم قال وهذا الخلاف إذا عجزه القاضي باقراره على نفسه بالعجز ، اما اذا عجزه بعد التلوم والإعذار وهو يدعي حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك اهـ .

وسماع أصبغ في كتاب النكاح هو قوله سمع أصبغ ابن القاسم من ادعى على نكاح امرأة أنكرته ببينة بعيدة فلا ينتظر إلا في بينة قريبــة ولا يضر ذلك بالمرأة ، ويرى الإمام لما ادعاه وجها ، فإن عجزه ثم أتى ببينة فقد مضى الحكم عليه نكحت المرأة أم لا ، ابن رشد قوله لا تقبل منــه بينته بعد التعجيز خلاف سماع أصبــغ من كتاب

الصدقات وظاهر المدونة إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب اه ،وسماع أصبغ من كتاب الصدقات .

سئل ابن القاسم عن ورثة قام رجل منهم فادعى صدقة عليه من أبيهم فسئل البينة على الحوز فأتى بشاهد واحد وأوقف القاضي له صدقته زمناً حتى يأتي بشاهد آخر فلم يأت به ، ثم أمر القاضي بقسمها على الورثة وكانت رقيقاً ومنازل وأرضاً فقسمت واتخذت أمهات أولاد وأعتق ما أعتق وغرست الأرض شجراً ، ثم ظفر مدعي الصدقة بشاهد آخر كان صبياً فبلغ أو غائباً فقدم ، فقال ابن القاسم أما ما اتخذت منها أمهات أولاد وما اعتق منهم فلا سبيل له اليهم ويتبع الورثة بالثمن ، وأما ما لم يحمل ولم يعتق فيأخذه وأطال في تفصيل ذلك .

ابن رشد قوله في هذه الرواية أنه يقضى له بالشاهد الذي أتى به مع الشاهد الأول بعد أن كان قد عجزه وقضى بقسمة الميراث فقسم وفوت خلاف ما في سماع أصبغ من كتاب النكاح ، ومثل ما في المدونة ، إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب ، وسمع يحيى ابن القاسم في كتاب الشهادات إذا قضى القاضي لرجل على آخر وسجل له وأشهد له عليه ثم أقام المحكوم عليه بينة بتجريح بعض من حكم به قبل منه إن رأى له وجهاً ، كقوله جهلت سوء حالهم حتى ذكر لي وظهر أنه غير ملد ومن ولي بعد القاضي مثله في ذلك .

ابن رشد تمكينه من التجريح بعد التسجيل عليه إن كان له وجه كقولها ، فقد ظهر لك من هذه الاسمعة وغيرها ما قلناه أن التلفظ بالتعجيز غير مشترط ، وأن مذهب المدونة القيام بعده للطالب والمطلوب إن كان لذلك وجه وهو ما درج المصنف عليه بقوله إلا لعذر . وفي تنازع الزوجين بقوله وظاهرها القبول فلا وجه لاستثناء هذه الخمسة ، إذ القبول فيها وفي غيرها وإنما يأتي على قول من قال لا يقبل منه ما أتى به ، ولذا قال اللخمي من ادعى شيئاً وأقام بينة عليه وعجز عن تزكية بينته وطلب من القاضي

المدعى عليه تعجيزه لئلا يقوم عليه بها مرة أخرى ، فقال مطرف عليه ذلك واختلف إذا أتى بعد ذلك بمن يزكيها أو بينة عادلة ، فاصل مالك وابن القاسم «رض» انها تقبل. وقال مطرف لا تقبل إلا في العتق والطلاق والنسب ا هـ .

وانما أطلنا بذكر النقول المتداخلة إيضاحاً للحق ، إذ لم أر من شفى الغليل في المسالة من شراحه مع وقوع الاضطراب في كلامه من جريه مرة على مذهب المدونـــة ومرة على غيره وقد نبهنا على شيء من ذلك في فصل تنازع الزوجين والله الموفق . عب يعجزه أي يحكم بعدم قبول بينته التي يأتي بها بعد ذلك زيادة على الحكم بالحق ، ويكتب ذلك في سجل بأن يقول ادعى فلان أن له بينة ولم يأت بها وقد عجزته كما يأتي خوفاً من أن يدعي بعد ذلك عدم التعجيز ، وأنه باق على حجته وإن كان لا يقبل منه ذلك على المذهب دفعاً للنزاع ، لأن هناك من قال بالقبول وليس المراد بالتعجيز الحكم بعد تبين اللدد ، لأن هذا لا يمنع من بقائه على حجته ، فالمراد الأول ثم إذا عجزه بالمعنى الأول فله إقامة بينة لم يعلمها أو ادعى نسيانها وحلف عليه إن عجزه مع إقراره على نفسه بالعجز على المشهور لا مع ادعائه حجة فلا يقيمها ولو مع ادعاء نسيانها وحلفه عليه .

البناني ما ذكره «ز» من أن التعجيز هو الحكم بعدم قبول بينته التي يأتي بها وأنـــه زائد على الحكم بالحق هو الذي يفيده الجزيري في وثائقه وابن فرحون في تبصرته ، وهو ظاهر قول المصنف ويعجزه إلا في دم ، لأنه لو كان مراده بالتعجيز مجرد الحكم لـــم يفترق الدم وما معه من غيره قاله اللقاني ، ثم قال البناني الظاهر أن يحمل قوله ويعجزه على صورة الإتفاق عند ابن رشد وهي إذا عجزه مدعياً أن له حجة وعليها يتنزل الإستثناء فلا يكون مخالفاً لما جرى عليه فيما تقدم من مذهب المدونـــة ، وبهذا يسلم من الإضطراب الذي ادعاه طفي ، ويسقط به أيضاً قول اللقاني ما نصه قوله ويعجزه إلا في دم الـــخ ، هذا موافق لإبن رشد في البيان ، ومخالف لما في المدونة على ما في التوضيـــح ا هـ ، نقله عنه الشيخ أحمد ، وقال بعده وهذا التقرير حسن والله أعلم .

واستثنى مما يعجز فيه بعد التلوم خمس مسائل ليس للقاضي التعجيز فيها ، وضابطها كل حق ليس لمدعيه إسقاطه بعد ثبوته فقال (إلا في) شأن (دم) أى قتل اثباتاً كادعاء شخص على آخر أنه قتل وليه عمداً عدواناً وأن له عليه بينة فأنظره القاضي لإحضارها ثم تبين لدده فليس للقاضي تعجيزه ، فمتى أقام بينته فإنه يعمل بها أو نفياً كادعاء المشهود عليه بالقتل أن له بينة تجرح البينة الشاهدة عليه به فأنظره القاضي لإتيانه بها وتبين لدده فلا يعجزه القاضي ، فمتى أتى بالبينة الجرحة فإنه يعمل بها لعظم القتل أفاده عب ، وكتب على حاشيته معزواً له ما نصه قال عب هذا الضابط ظاهر في غير الدم ، وأما الدم فللولي إسقاطه بعد ثبوته إلا أن يحمل على قتل الغيلة ، إذ ليس للولي إسقاطه بعد ثبوته لأنه حق لله تعالى اه .

طفي هذه المستثنيات إنما هي مفروضة في كلام الائمة في تعجيز الطالب ، وفيه تظهر فائدة هذا الاستثناء . أما المطلوب فيعجز فيها وفي غيرها على هذا القول . البناني قوله اثباتاً الخ غير ظاهر ، لأن صورة الإثبات لا ينطبق عليها الضابط المذكور ، لأن القصاص إذا ثبت فلمدعيه إسقاطه ، والذي صور به ابن مرزوق وهو الظاهر أن المدعى عليه بالقتل إذا أراد تجريح من شهد عليه به فعجز فحكم القاضي عليه به ، ثم وجد من يجرح البينة الشاهدة عليه به فإنها تسمع ولا يعمل بالحكم عليه به لخطر الدم ، وهذا يعكر على ما قاله طفي ، فإن اقتص منه ثم أقام وارثه بينة التجريح فالظاهر أنها لا تسمع .

(و) إلا في دعوى (حبس) بضم الحاء أي تحبيس شيء ، وذكر المدعي أن له بينة به وأمهله القاضي لإتيانه بها فلم يأت بها فلا يعجزه ، فمتى أتى بها عمل بها . البناني هذا ظاهر إذا كان الحبس على غير معين كالفقراء فلا سبيل إلى تعجيز الطالب لحق الغائب لا ما كان على معين إلا أن يقال في الحبس حق لله تعالى مطلقاً انظر ابن مرزوق (و) إلا في دعوى (عتق) ببينة فانظر المدعي لها فلم يأت بها فلا يعجز ، فمتى أتى بها فتسمع ويعمل بها (و) إلا في دعوى (نسب) لشخص معين ببينة ولم يأت بها بعد التلوم فلا

وَطَلَاقٍ وكَتَبَهُ ، وإنْ لَمْ يُجِبْ : حُبِسَ ، وأُدِّبَ ، ثُمَّ حَكَمَ بِلَا يَمِينٍ .

يعجز فمتى أقامها حكم بها (و) إلا في دعوى (طلاق) ببينة وعجز عن إقامتها فلا يعجز ، فمتى أتى بها قضى بها .

ابن سهل والمتيطي ويشبه الحبس الطريق العام نفعها للمسلمين فلا يعجز مدعيها. ونص ابن سهل ومما يشبه الطلاق والنسب والإعتاق الحبس وطريق العامة وشبهها من منافعهم ليس عجز طالبه والقائم عنهم فيه يوجب منعه أو منع غيره من النظر له إن أتى بوجه . الجزيري إن انصرمت الآجال وعجز الطالب عجزه القاضي، واشهد بذلك ويصح التعجيز في كل شيء يدعى فيه إلا في خمسة أشياء الدماء والأحباس والعتق والطلاق والنسب ، وبه قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، وفيه خلاف ، فإن قامت للمعجز بينة وزعم أنه لم يعلم بها حلف وقضى له بها. وقيل لا يقضى له بها وبه العمل إلا ما استثنى من ذلك وإن كان قد قضي على القائم باسقاط دعواه حين لم يجد بينته من غير تعجيزه ثم وجد بينته فله القيام بها ويجب القضاء له بها .

(وكتبه) أي القاضي التعجيز المفهوم من يعجزه في المفيد حق على القاضي أن يكتب التعجيز ويشهد عليه ، ثم لا ينظر هو ولا من جاء بعده إن جاء ببينة تثبت ما عجز عنه إلا في العتق والنسب والطلاق والحبس والدم قاله ابن القاسم وأشهب ومطرف خلافاً لسحنون وابن الماجشون .

(وإن لم يجب) بضم التحتية المدعى عليه باقرار ولا إنكار بأن سكت أو قال لا أجيب ولا أخاصم (حبس) بضم فكسر المدعى عليه حتى يجيب باقرار أو إنكار رواه أشهب . ابن رشد وبه جرى العمل ، وظاهره وإن لم يطلبه المدعي (و) إن تمادى على عدم الجواب (أدب) بضم فكسر مثقلا بالضرب حتى يجيب باقرار أو إنكار ، وبه أفتى فقهاء قرطبة (ثم) إن استمر على الإمتناع من الجواب (حكم) القاضي عليه (بلا يمين) من المدعي قاله ابن المواز لعد امتناعه من الجواب إقراراً بما ادعاه المدعي . اللخمي

وَلِمُدَّعًى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ ، وَقُبِلَ نِسْيَانُهُ بِلاَ يَمِينٍ ، وإِنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبٌ ٱلْمُعَامَلَةَ ، فَالْبَيِّنَةُ ، ثُمَّ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ بِالْقَضَاءِ ، بِخِلاَفِ : لَا حَقَّ لَكَ عَلَيَّ ،

اختلف إذا ادعى شخص على آخر دعوى فلم يقر المدعى عليه ولم ينكر فقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فيمن كانت بيده دار فادعى رجل أنها لأبيه أو لجده فسئل من هي في يده فلم يقر ولم ينكر أنه يجبر على أن يقر أو ينكر . محمد فإن لم يرجع فيقر أو ينكر حكمت عليه للمدعي بلا يمين .

(و) إن ادعى شخص على آخر بدراهم أو دنانير ولم يبين سببها ولم يسأله الحاكم به فـ (للمدعى عليه السؤال عن السبب) الذي ترتبت به الدراهم أو الدنانير في ذمته لإحتمال أنه لا يوجب شيئاً كبيع مسلم خمراً أو خنزيراً أو حراً ، أو يوجب أقل من المدعى به كرباً . أشهب إن سأل المدعى عليه طالبه من أي وجه يدعى عليه هذا المال ، فقد تقدمت بيني وبينه مخالطة سئل عن ذلك ولا يقضي القاضي بشيء على المدعى عليه حتى يسمى المدعي السبب الذي كان له به الحق ، ومثله في كتاب ابن سحنون ، وزاد إن أبى الطالب أن يبين السبب ، فإن قال لأني لم اذكر وجه ذلك قبل منه ، وإن لم يقل ذلك فلا يقضى على دعواه ، ونقله الباجي بلفظ أن يبين سبب دعواه ، وإن ادعى نسيانه قبل منه بغير يمين والزم المطلوب أن يقر أو ينكر . ابن عرفة في هذا نظر .

(وإن انكر) شخص (مطلوب) أي مدع عليه بمال (المعاملة) مع الطالب المدعي بأن قال لم تقع بيني وبينك معاملة يترتب عليها اشتغال ذمتي بشيء لك (فالبينة) على المدعي (ثم) إن أقامها وشهدت له فقال المطلوب قضيتك ما شهدت به على وأقام بينة بالقضاء فـ (لا تقبل) بضم الفوقية وسكون القاف وفتح الموحدة (بينته) أي المطلوب الشاهدة له (بالقضاء) لأنه اكذبها بانكاره المعاملة .

(بخلاف) قول المطلوب (لا حق لك عليّ) بشد الياء ، فأقام الطالب بينته بالحق فقال المطلوب قضيتكه وأقام بينة بالقضاء فإنها تقبل ، إذ ليس في قوله لا حق لك على ما

وكُلُّ دَعْوَى لَا تَثْبُتُ إِلاَّ بِعَدْلَيْنِ ، فَلاَ يَمِينَ بِمُجَرَّدِهَا ، وَلَا تُرَدُّ ، كَنِكَاحٍ ،

يكذب بينة القضاء . عب وظاهر المصنف الفرق بين الصيغتين في حق العامي وغيره، وهو ظاهر في الثاني . البناني يعني غير العامي ، وأما العامي فقد نقل الحط عن الرعيني أنه لا فرق بينهما في حقه فتقبل بينته بالقضاء في كل منهما . العدوي هذا مشكل ، لأن التفرقة بينهما بديهية لا تخفى على العامي فلا وجه لقبول بينته بالقضاء بعد إنكار المعاملة .

(وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين) كالإعتاق والطلاق والنكاح والرجعة والكتابة (فلا يمين) على منكرها (بمجردها) أي الدعوى عن البينة ، ومفهوم بمجردها أنها إن لم تتجرد وشهد بها شاهد فاليمين على منكرها لرد شهادة الشاهد (ولا ترد) بضم ففتح وشد الدال مثقلة ، هذه اليمين المتوجهة على المدعى عليه على المدعي إذ لا فائدة في ردها عليه ، لأنه إن حلفها لا يثبت المدعى به لتوقف ثبوته على عدلين ، ومثل لما لا يثبت إلا بعدلين فقال (كنكاح) ورجعة وطلاق وإعتاق وكتابة وتدبير . « غ » هذه عبارة ابن الحاجب .

ابن عبد السلام إن قلت قوله لا ترد زيادة مستغنى عنها لأنها إذا لم تتوجه لا ترد ، لأن ردها فرع توجهها . قلت الرد الذي يستغنى عن نفيه بنفي التوجه هو الذي يكون من جانب المدعى عليه ، وقد يكون الرد من جانب المدعي في بعض هذه المسائل يعني كما قال بعد وحلف بشاهد في طلاق وعتق . وأجاب في التوضيح بأنه لو سكت عن قوله لا ترد لم يستفد منه إلا أنها لا تتوجه عند التجرد ولا يفهم منه أنها إذا توجهت لرد شاهد فنكل عنها المدعى عليه لا ترد على المدعي . ومفهوم لا تثبت إلا بعدلين أن ما تثبت بعدل ويمين فاليمين بمجردها وهو كذلك . شب يستثنى من القاعدة دعوى القاتل عفو الولي عنه ، فيحلف بمجردها والعفو لا يثبت الا بعدلين ، وقوله وله تحليفه أنه لم يحلفه وأنه عالم بفسق شهوده وحلف الطالب ان ادعى عليه المطلوب علمه بعدمه ، والمتهم

وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ ، ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ ، كَأَنْ خَشِيَ تَفَاقُمَ الْأَمْرِ
وَلَا يَحْكُمُ لِمَنْ لَا يَشْهَدُ لَهُ عَلَى الْمُخْتَارِ ،

المدعى عليه غصب أو سرقة ودعوى القذف ان شهدت بينة بتنازعهما وتشاجرهما .

(وأمر) القاضي (بالصلح ذوي) أي أصحاب (الفضل) المتخاصمين عنده الطالبين قضاءه بينهم (و) ذوي (الرحم) أي القرابة اذا تشاجروا وترافعوا اليه ليحكم بينهم فلا يحكم بينهم ويأمرهم بالصلح ، لأنه أقرب لتأليف النفوس ويذهب غـل الصدور ، وفصل القضاء بينهم يؤكد عداوتهم وغل صدورهم. وشبه في الأمر بالصلح فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (خشي)القاضي (تفاقم) بفتح الفوقية والفاء وضم القاف ، أي تعاظم (الأمر) أي التنـازع والتخاصم بسبب الحكم فلا يحكم ويأمرهم بالصلح .

اللخمي لا يدعو القاضي الى الصلح اذا تبين الحق لأحدهما الا أن يرى له وجهاً ،وأنه متى وقع الحكم تفاقم ما بين المتنازعين وعظم وخشيت الفتنة ، ويندب أهل الفضل الى ترك الخصومات . ابن سحنون كان أبي ربما رد الخصمين الى من عرفه بالصلاح والأمانة ، فيقول لهما اذهبا الى فلان يصلح بينكما ، فإن اصطلحتما والا رجعتما . وترافع اليه رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما وقال لهما استرا على أنفسكما ولا تطلعاني من أمركما على ما قد ستره الله تعالى عليكما . وقال عمر رضي الله تعـالى عنه رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن .

اللخمي وهذا بين الأقارب حسن ، وان تبين الحق لأحدهما أولهما سحنون اذا كانت شبهة وأشكل الأمر فلا بأس أن يأمرهما بالصلح . مالك رضي الله تعـالى عنه في بعض المسائل لو اصطلحا كان أحمد وكان ابن بقي يطول في الحكم الملبس رجاء أن يصطلح أهله ويقول اذا طول على صاحب الباطل ترك طلبه ورضي باليسير .

(ولا يحكم) الحاكم (لمن لا يشهد له) كابنه وأبيه ويتيمه وزوجته (على المختار) اللخمي من الخلاف ذكر ابن عرفة في صحة حكمه لمن لا تجوز شهادته له أربعة أقوال .

وَنُبِذَ حُكْمُ جَائِرٍ ، وَجَاهِلٍ لَمْ يُشَاوِرْ ،

وقال محمد كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز أن يحكم له ونحوه لمطرف . اللخمي وهذا القول أحسن ، لأن الظنة تلحقه في ذلك ، ولا فرق بين الشهادة والحكم ، وانظر هل يحكم لنفسه . أشهب لا يقضى لنفسه . ابن رشد له الحكم بالإقرار على من استهلك ماله ويعاقبه لقطع أبي بكر يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته (ونبذ) بضم فكسر ، أي طرح وألغى (حكم) قاض (جائر) أي خارج في حكمه عن الحق عامداً . ابن رشد القاضي الجائر ترد أحكامه دون تصفح وإن كانت مستقيمة في ظاهرها إلا أن تثبت صحة باطنها. ابن الحاجب وهو فسق يرد وإن صادف الحق فالمشهور فسخه . البرزلي لا يجوز الحكم بالحزر والتخمين .

(و) نبذ أيضاً حكم عدل (جاهل لم يشاور) أهل العلم ، ظاهره وإن كان صوابا لكونه بالحدس والتخمين والقضاء بهما باطل . ابن رشد القاضي العدل الجاهل تتصفح أحكامه فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف أنفذ ، وما هو خطأ لا خلاف فيه رد . المتيطي القاضي العدل الجاهل الذي عرف أنه لا يشاور فللقاضي الوالي بعده أن يتصفح أحكامه ، فما ألفى منها موافقاً للسنة أنفذه ، وما ألفى منها مخالفاً لما عليه الناس في بلده إلا أنه قد وافق قول قائل من أهل العلم ، وإن كان ذلك القول لا يعمل به فإنه ينفذه ولا يفسخه وما لم يصادف فيه قول قائل نقضه ولا ينفذه .

ابن محرز إن حكم بالظن والتخمين من غير قصد إلى الإجتهاد في الأدلة فذلك باطل ، لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق ويفسخ هذا الحكم هو وغيره إذا ثبت عند غيره أنه على هذا حكم . اللخمي الغرر في الحكم أشد منه في البيع . ابن رشد اختلف في أحكام القضاة الذين لا ترضى أحوالهم ولم يعلموا بالجور في أحكامهم وفي أحكام أهل البدع فقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع هي كأحكام الجائر لا يمضى منها إلا ما علم صحة باطنه . وقال أصبغ كأحكام العدل الجاهل يمضي منها ما كان صحيحاً في الظاهر أفاده «ق» .

الحط قوله ونبذ حكم جائر الخ ، هذا كما قال القضاة ثلاثة ، الأول الجائر فتنبذ أحكامه

كلها ، أي تطرح وترد ، وسواء كان عالماً أو جاهلاً ، وظاهره ولو علم أن ما حكم به حق ، والثاني الجاهل ، فإن كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه مطلقاً أيضاً ، لأن أحكامه كلها باطلة ، لأنها بالتخمين وإن كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس جوراً ونبذ الجور ، والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها إلا أن يرفع أحد قضية ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب ، فينظر فيها وتنقض إن خالفت نصاً قاطعاً أو جلي قياس اهـ .

طفي لم أر من قال بالنقض في الجاهل مطلقاً ، وإن كان صواباً ظاهراً وباطناً ، لأن الجاهل غير المشاور ، غايته أنهم ألحقوه بالجائر والجائر لا ينقض من أحكامه ما علم صحة باطنه بالبينة العادلة . وعبارة الشارح عن المازري في الجاهل تنقض أحكامه وإن كان ظاهرها الصواب ، وعلى هذا يحمل قول الحط في الجائر ظاهره النقض ، ولو علم أن ما حكم به حق أي علم أن ظاهره حق وإن لم يحمل على هذا فليس بصحيح ، وقال اللخمي إن كان جائراً في أحكامه فلا تجوز أقضيته كلها ، وعلى من ولي بعده أن يردها صواباً كانت أو خطأ ، لأنه لا يؤمن أن يظهر العدل والصواب وباطن أمره الجور إلا ما علم أن باطن أمره كان صحيحاً . زاد البناني أن المراد بالجاهل العدل المقلد كما فسره أبو الحسن ويفيده كلام اللخمي ، وما ذكره المصنف من التفصيل في الجاهل تبع فيه . ابن عبدالسلام ففي التوضيح على قول ابن الحاجب وأما أحكام الجاهل فيتعقبها ويمضى منها ما لم يكن جوراً ما نصه وحكى المازري رواية شاذة أن الجاهل تنقض أحكامه وإن كان ظاهرها الصواب ، لأنها وقعت منه من غير قصد .

ابن عبد السلام قيد بعضهم ما ذكره المصنف بما إذا كان يشاور أهل العلم في أحكامه وأما إذا كان لا يشاورهم فتنقض كلها ، لأنه حينئذ حكم بالحدس والتخمين وهو غير صحيح اهـ ، فاعتمده المصنف مع نقله عن المازري أنها رواية شاذة ، وقد تعقب ذلك الشيخ ابن سعيد في شرحه على هذا المختصر ، فقال ظاهره أن الجاهل غير المشاور أحكامه منقوضة مطلقاً ، والمشاور تتصفح أحكامه فيرد الجور ويمضي غيره ، وظاهر

كلام غيره أن التصفح إنما هو في غير المشاور ، ولذا قال في ضيح حكى المازري رواية شاذة أن الجاهل تنقض أحكامه كلها . لأن ما وقع منها صوابا إنما هو من غير قصد ، وهذا التعليل لا يتم في المشاور اهـ ، وهو كما قال رحمه الله تعالى .

ابن رشد القضاة أربعة ، الأول عدل عالم فأحكامه على الجواز ما لم يتبين فيها الخطأ الذي لم يختلف فيه . الثاني : عدل جاهل يحكم برأيه ولا يشاور العلماء فتتصفح أحكامه ولا يرد منها إلا الخطأ الذي لا اختلاف فيه . الثالث : معروف بالجور فأحكامه تنقض كلها ، وحكى فضل عن ابن الماجشون أنها تتصفح كأحكام الجاهل وهو شذوذ . الرابع : فاسق لم يعلم بالجور في أحكامه أو مبتدع من أهل الأهواء ، فهذا حكم له . ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون يحكم الجائر وحكم له أصبغ بحكم الجاهل اهـ ، فهذا صريح في خلاف ما عند المصنف . وقال ابن يونس إذا كان عدلا جاهلا كشفت أقضيته فأنفذ صوابها ورد خطؤها الذي لم يختلف فيه . وقال أبو الحسن إذا كان عدلاً جاهلاً كشفت أقضيته فأنفذ صوابها ورد خطؤها الذي لا اختلاف فيه ، وقال ابن القاسم والأخوان يريد أنها تتعقب من وجه الفقه إلا أن يعلم أنه لم يحكم إلا بعد مشاورة العلماء فلا تتعقب ، ورأى بعض المتأخرين أنه إن كان حكم برأيه أن يرد من أحكامه ما كان مختلفا فيه ، لأن ذلك منه تخمين وحدس والقضاء بذلك باطل اهـ .

المتيطي أحكام القضاة عند الإمام مالك «رض» وجميع أصحابه «رض» على ثلاثة أوجه ، عدل عالم ، وعدل مقلد ، ثم قال الوجه الثاني العدل الجاهل الذي عرف منه أنه لا يشاور العلماء ، فللقاضي أن يتصفح أحكامه ، فما ألفى منها موافقاً للحق أو مخالفاً لما عليه الناس في بلده إلا أنه وافق قول قائل من أهل العلم فإنه ينفذه ، وما لم يصادف قول قائل وكان خطأ نقضه اهـ ، وقبله ابن هارون مقتصراً عليه . ابن عرفة القاضي العدل الجاهل تتصفح أحكامه فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف ينفذ ، وما هو خطأ لا خلاف فيه يرد ونحو في معين الحكام ، فهذه النقول كلها تدل على خلاف ما جرى عليه المصنف في الجاهل تبعاً لابن عبد السلام والله أعلم .

وَإِلاَّ تُعُقِّبَ ، وَمَضَى غَيْرُ الْجَوْرِ ، وَلاَ يُتَعَقَّبُ حُكْمُ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَنَقَضَ ، وَبَيَّنَ السَّبَبَ مُطْلَقاً مَا خَالَفَ قَاطِعاً ، أَوْ جَلِيَّ قِيَاسٍ ؛

(وإلا) أي وإن شاور العلماء (تعقب) بضم الفوقية والعين المهملة وكسر القاف حكمه (ومضى غير الجور) بفتح الجيم وسكون الواو ونقض الجور منه ، فإن قيل كيف يتعقب حكمه المرتب على إشارة العلماء . قيل القضاء صناعة دقيقة فلا يلزم من معرفة الحكم كيفية إيقاعه ، فقد يعرف الحكم ولا يعرف كيفية إيقاعه فيوقعه في غير موقعه ، وتقدم أن المعتمد أن أحكام الجاهل العدل المشاور لا تتعقب .

(ولا يتعقب) بضم التحتية وفتحها (حكم) القاضي (العدل العالم) فلا ينظر فيه من ولى بعده ، لأنه يؤدي للتسلسل وكثرة الخصام . ابن رشد القاضي العدل العالم لا تتصفح أحكامه ولا ينظر فيها إلا على وجه التحرير لها إن احتيج للنظر فيها لعارض خصومة أو اختلاف في حد لا على الكشف والتعقب لها إن سأل ذلك المحكوم عليه ، فتنفذ كلها إلا أن يظهر في شيء منها عند النظر فيه على الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه فينقض ذلك (ونقض) العدل العالم وجوباً (وبين) بفتحات مثقلا ، أي أظهر العدل العالم وجوباً (السبب) الموجب لنقضه حكم العدل العالم (مطلقاً) أي سواء كان الحكم المنقوض حكم الناقض أو حكم غيره اتفاقاً في الثاني ، وعلى المشهور في الأول. مطرف إذا حكم القاضي بفسخ قضية نفسه ولم يفسر فسخه فليس ذلك بفسخ . ابن الماجشون إشهاده على الفسخ يكفيه . أصبغ الفسخ الذي لا يكون شيئاً حتى يلخص ما رد به القضية إذا فسخ حكم غيره ، ومفعول نقض (ما) أي حكماً أو الحكم الذي خالف (جلي) بفتح الجيم وكسر اللام وشد الياء ، أي ظاهر (قياس) أي إلحاق أمر بامر في حكمه لاشتراكهما في علته وجليه ما قطع فيه بنفي الفرق بينهما ، زاد في الذخيرة أو خالف قاعدة قطعية مع سلامة جميع ما تقدم عن معارض راجح .

(تنبيهات)

الأول : تبع المصنف في قوله ما خالف قاطعاً . ابن الحاجب التابع لابن شاس وتعقبه ابن عبد السلام بأنه قد يكون النص غير متواتر يفيد القطع ، ومع ذلك فإنهم قالوا ينقض حكم القاضي إذا خالفه ونقله في توضيحه وأقره . ابن عرفة تعليق ابن الحاجب النقض على ما خالف القاطع لا أعرفه، ثم نقل كلاماً عن المازري وقال عقبه فلم يقصر المازري النقض على القطع ، فقصر ابن الحاجب النقض عليه غير مستند لنص رواية تابعـــاً . ابن شاس متعقب أفاده طفي . البناني قوله ما خالف قاطعاً . ابن عرفة والخطأ الموجب لرد حكم العدل العالم فسره اللخمي بما خالف نص آية أو سنة أو إجماع . قلت أو ما ثبت من عمل أهل المدينة لأنه مقدم عند الإمام مالك «رض» على الحديث الصحيح ، وزاد المازري عن الشافعي «رض» أو قياساً لا يحتمل إلا معنى واحداً ، والظاهر أنـــه أشار إلى القياس الجلي الذي لا يشك في صحته . وفي التوضيح قـــول ابن الحاجب ولا ينقض منها إلا ما خالف القطع نحوه في الجواهر ، ويقتضي أنه لا ينقض مـــا خالف الظن الجلي وليس بظاهر ، بل قالوا أنه إذا خالف نص السنة غير المتواترة فإنه ينقض ، وهو لا يفيد القطع نقله ابن عبد السلام عن بعضهم ، فيرد على المصنف هنا ما أورده على ابن الحاجب .

الثاني : في تبصرة ابن فرحون نص العلماء على أن حكم الحـــاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس. ومثال ذلك كالحكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد، فهذا خلاف الإجماع ،لأن الأمة على قولين المال كله للجد ومقاسمة الأخ ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقله أحـــد ، ومثال مخالف القواعد المسألة السريجية وحكم الحاكم بتقرير النكاح فيمن قال إن وقـــع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم طلقها ثلاثاً أو أقل فالصحيح لزوم الطلاق الثلاث له،فاذا ماتت أو مات فحكم حاكم بإرث حيها نقضنا حكمه ، لأنه على خلاف القواعد، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط ، لأن حكمته إنما تظهر فيه ، فاذا كان

الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه فلا يصح أن يكون في الشرع شرطاً ، فلذلك ينقض الحكم في المسألة السريجية ، وهي التي وقع التمثيل بهـــا . ومثال مخالف النص الحكم بالشفعة للجار ، فإن الحديث الصحيح ورد باختصاصها بالشريك ولم يثبت لـه معارض صحيح فينقض الحكم بخلافه، ومثال مخالف القياس الحكم بشهادة الكافر فينقض قياساً على نقض الحكم بشهادة المسلم الفاسق بالأولى ، لأن الكافر أشد منه فسوقاً وأبعد مـن المناصب الشرعية .

الثالث : في مختصر ابن الحاجب القياس الجلي ما علم فيه ففي الفارق بين الأصل والفرع قطعاً كقياس الأمة على العبد في أحكام العتق كالتقويم على معتق بعضه فيعلم قطعـــاً أن الذكورة والأنوثة فيهما مما لم يعتبره الشارع فيها ، والقياس الخفي ما يظن نفي الفارق فيه بينهما كقياس النبيذ على الخمر في الحرمـة ، إذ يجوز أن يكون تحريم الخمر لخصوصيتها لا لإسكارها ، ولذا اختلف في قليله . وفي التنقيح للقرافي اختلف في الجلي والخفي فقيل الجلي قياس المعنى ، والخفي قياس الشبه. وقيل الجلى ما تفهم علته كقوله ﷺ لا يقضي القاضي وهو غضبان . وفي شرحه قياس المعنى كقياس الأرز على اللبن في حرمة الربا بجامع الطعم والنبيذ على الخمر بجامع السكر . وقياس الشبه القاضي وغيره هو الذي لا يكون مناسباً في ذاته ويكون مستلزماً للمناسب كقولنا في الخل أنه لا يزيل النجاسة لأنه مائع ولا تبنى القنطرة على جنسه ، فلا يجوز أن يزيل النجاسة كالدهن ، فقولنا لا تبنى القنطرة على جنسه ليس مناسبا ، لكنه يشعر بالقلة ، فإن عدم بناء القنطرة عليه يدل على قلته لجريان العادة أن القنطرة لا تبنى إلا على المائع الكثير فما لا تبنى عليه القنطرة من المائع فهو غير كثير ، والطهارة على مقتضى اللطف بالمكلف لا تشرع إلا بما هو كثير متيسر في كل زمان وكل مكان ، فالقلة حينئذ تناسب المنع ، فهذا هو المناسب الذي استلزمه ذلك الوصف الطردي ، وقيل الجلي ما كان ثبوت الحكم فيه في الفرع أولى من ثبوته في الأصل ، كقياس العمياء على العوراء في امتناع التضحية والضرب على التأفيف في الحرمة .

الرابع : لا ينقض الحكم المخالف لشيء مما ذكر إذا وافق معارضاً راجحاً كالقضاء

كاستسعاء معتق ،

بصحة القراض والقرض والمساقاة والحوالة ونحوها فإنها مخالفة للقواعد والنصوص العامة والاقيسة الجلية ، ولكن ورد في الترخيص فيها أحاديث صحيحة فقدمت على القواعد والنصوص العامة والأقيسة الجلية وخصصتها .

وشبه بما تقدم في النقض فقال (ك)حكم ب(استسعاء) أي سعي رقيق (معتق)بضم فسكون ففتح بعضه من أحد المشاركين فيه ولا مال له يقوّم فيه نصيب شريكه ، وامتنع شريكه من اعتاق نصيبه فحكم على الرقيق بالسعي في اكتساب مال يشتري بــه بعضه الرقيق من مالكه لتتميم حريته فينقض هذا الحكم لضعف دليله . طفي جعله تت مشبهاً بما قبله وهو الصواب و ولا يصح كونه مثالا لما قبله إذ ليس مخالفاً قاطعا ولا جلي قياس ولا سنة ، لأن المراد بمخالف السنة أن لا يكون الحكم مستنداً سنة أصلا، وليس كذلك هنا ، لأنه روى في الصحيح من أعتق شركاً له من مملوك فعليه عتق كله إن كان له مال يبلغ ثمنه ، فإن لم يكن له مال عتق منه ما أعتق ، وروى فيه فإن لم يكن مال استسعى العبد غير مشقوق عليه فأخذ مالك والشافعي رضي الله تعالى عنهما والجمهور بالروايــة الأولى ، وأبو حنيفة «رض» بالثانية ، ورد بأنه لا حجة له فيهــا ، لأن الدارقطني قال راوي الحديث عن قتادة شعبة وهشام ولم يذكرا فيه الاستسعاء وهما أثبت ووافقهماهمام ففصل الاستسعاء من الحديث وجعله من رأي قتادة .

عياض الأصيلي وابن القصار الذين أسقطوا السعاية أولى من الذين ذكروها ، إذ ليست في الأحاديث الأخر من رواية ابن عمر . ابن عبد البر مسقطها أثبت من الذين ذكروها ، وقد اختلف فيها عن ابن أبي عروبة فمرة ذكرها ومرة أسقطها ، فدل أنها ليست عنده من الحديث ، أفاده الآبي في شرح مسلم اهـ . البناني جعل «ز» الكاف للتمثيل وهــو غير ظاهر ، والحق كما قال ابن مرزوق أنها للتشبيه وهو الذي ارتضاه تت وجد عج والشيخ أحمد ، ثم قال واعلم أن ما مشى عليه المصنف من نقض الحكم في هذه المسائل هومذهب

ابن الماجشون وحده ، واعترف بهذا في ضيحه ولم يزل الشيوخ يستبعدونه ويعتمدون خلافه ، وهو قول ابن القاسم وابن عبد الحكم ، ولذا لم يعرج ابن شاس ولا ابن الحاجب على قول ابن الماجشون ، فكان على المصنف أن لا يذكره هنا لما علمت ، ولأنه لا يلائم قوله الآتي ورفع الخلاف ،بل ينافيه قال في المدونة وإذا قضى القاضي بقضية فيها اختلاف بين العلماء ،ثم تبين أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه ، ولا ينقض ماحكم به غيره مما فيه اختلاف بين العلماء .

(و) كحكم بـ(شفعة جار) فينقض لضعف دليله . ابن الماجشون من الخطأ الذي ينقض حكم العدل العالم به الحكم باستسعاء العبد المعتق بعضه وبالشفعة للجار وتوريث العمة والخالة والمولى الأسفل ، طفي وأما شفعة الجار فقال بها أبو حنيفة والكوفيون رضي الله تعالى عنهم محتجين بحديث الجار أحق بصقبه ، والصقب روي بالصاد والسين المهملين القريب .

وبحديث الترمذي وأبي داود جار الدار أحق بدار الجار إلا أن الأحاديث التي جاءت في أن لا شفعة إلا لشريك أسانيدها جيدة ، وليس في شيء منها اضطراب ، بخلاف حديث الجار أحق بصقبه ، فقد ظهر لك أن هذين الأمرين ليسا مخالفين للسنة ، إذ لكل من القولين حجة ، وكذا ما بعدهما من شهادة الكافر لمثله وميراث ذوي الرحم ومولى أسفل من المختلف فيه ، إذ قال بها أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه وله حجج لا نطيل بها ، وكذا الحكم بعلم سبق مجلسه قاله الشافعي « رض » .

(و) كـ (حكم على عدو) للحاكم فينقض لإتهامه فيه بالجور . ابن المواز إذا حكم القاضي على شخص فأقام المحكوم عليه بينة أن القاضي عدو له فلا يجوز قضاؤه عليه (أو) حكم بـ (شهادة) شخص (كافر) على مثله . طفي محل الخلاف إذا شهد الكافر على مثله والقائل بقبولها الإمام أبو حنيفة « رض » ، وأما شهادته على مسلم فالإجماع على عدم قبولها .

(و) كحكم بـ (ميراث ذي رحم) كخالة وعمة (أو) ميراث (مولى) بفتح الميم

ذِي رَحِمٍ، أَوْ مَوْلًى أَسْفَلَ، أَوْ بِعِلْمٍ سَبَقَ مَجْلِسَهُ،

واللام (أسفل) أي عتيق من معتقه بكسر الفوقية (أو) حكم (بـ) سبب (علم) من القاضي بشيء (سبق) علمه به (مجلسه) أي القاضي، سواء علمه قبل ولايته أو بعدها، واحترز عن حكمه بما علمه في مجلسه فإنه لا ينقض. اللخمي لا يقضي القاضي بما كان عنده من العلم قبل أن يلي القضاء ولا بعد أن وليه ولم يكن في مجلس قضائه ، أو كان فيه وقبل أن يتحاكما اليه أو يجلسا للحكومة ، مثل أن يسمعها أو أحدهما يقر للآخر فلما تقدم للحكومة أنكر وهو في ذلك شاهد.

وقد اختلف إن أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم انكر فقال ابن القاسم لا يحكم بعلمه. وقال عبد الملك وسحنون يحكم به ورأيا أنهما لما جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ، وكذا إذا أقر ولم ينكر حتى حكم ثم انكر بعد الحكم وقال ما أقررت بشيء فلا ينظر إلى إنكاره ، هذا هو المشهور من المذهب. طفي والقائل بالنقض في هذه المسائل وفيما ماثلها. ابن الماجشون لأنه لا يمنع عنده الخلاف النقض وإن كان قوياً. ابن رشد لا خلاف في نقض حكم من قبله إن كان خطأ لم يختلف فيه ، وإن اختلف فيه فلا يرده. وقيل يرده إن كان شاذاً. وقال ابن الماجشون يرده وإن كان الخلاف قوياً مشهوراً إن كان خلاف سنة قائمة.

ابن عرفة الشيخ عن ابن الماجشون من الخطأ الذي ينقض فيه حكم العدل العالم الحكم باستسعاء العبد والشفعة للجار وتوريث العمة والخالة والمولى الأسفل وشبهها ، ولما ذكرها المازري قال وابن عبد الحكم لم ير النقض في شيء من هذه المسائل ، لأن نقلها غير قطعي وقول ابن الماجشون بعيد ، لأن الإستسعاء ورد به حديث ثابت. ابن عبد البر ما قال هذا غير ابن الماجشون ، وقد اعترف في توضيحه بأن هذا لابن الماجشون وحده ، ونصه ابن حبيب عن ابن الماجشون يرد ما اختلف الناس فيه مما في كتاب الله تعالى أو فيه سنة قائمة عن رسول الله ﷺ كاستسعاء العبد وشفعة الجار وشهادة اليهودي والنصراني لمثله وميراث العمة والخالة والمولى الأسفل ، وكذا ما تواطأ عليه أهل المدينة أو شاع العمل به

عن الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم . وأما ما كان من رأى العلماء أو استحسانهم فلا ينقضه وإن كان على خلاف رأي أهل المدينة ، ثم قال وابن عبد الحكم لا ينقض الخلاف كائناً ما كان ، والذي حكى سحنون عن ابن القاسم لا ثم قول ابن عبدالحكم أنه لا ينقض ما اختلف فيه فقد ظهر لك أن ما درج عليه المصنف في هذه المسائل هو قول عبد الملك ، وما زال الشيوخ يستبعدونه ويعتمدون خلافه ، وهو قول ابن القاسم وابن عبد الحكم ، ولذا لم يعرج ابن شاس ولا ابن الحاجب على قول عبد الملك هذا ، فكان على المصنف أن لا يذكره لما علمت ، ولأنه لا يلائم قوله الآ تي ورفع الخلاف بل ينافيه .

قال في المدونة وإذا قضى القاضي بقضية فيها اختلاف بين العلماء ثم تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه ولا ينقض ما حكم فيه غيره مما فيه اختلاف ا هـ ، وقول ابن الماجشون مشكل في نحو شفعة الجار واستسعاء المعتق بعضه لتعلق المخالف فيه بسنة قائمة كما علمت ، وهب أنها عنده مرجوحة فهي راجحة عند المخالف ، وكذا كل ما تعلق فيه المخالف بسنة وغيره مثلها فقد ظهر لك ما قلناه سابقاً أن الصواب جعل قوله كاستسعاء معتق الخ تشبيهاً ، وهو الذي يؤخذ من صنيعه في توضيحه ، فإنه لما ذكر عن القرافي نقض الحكم إذا خالف نص كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي ؛ قال قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ويرد ما اختلف فيه الناس إلى آخر ما تقدم عنه فلم يجعله مثالاً بل تشبيهاً .

البناني أجاب بعضهم عن المصنف بأن ما ذكره هو الذي عليه الجماعة ، وقول ابن عبد الحكم بعدم النقض انفرد به عن أصحابه وأن النقض في هذه المسائل لمخالفة عمل أهل المدينة كما ذكره المازري في شرح التلقين ، فإنه بعد أن ذكر الخلاف المذكور في نقض الحكم في هذه المسائل قال ما نصه أشار ابن الماجشون إلى أن هؤلاء الذاهبين إلى خلاف مذهبه خالفوا في حكم ما تواطأ عليه أهل مدينة الرسول ﷺ ، فكان ذلك كمخالفة السنة القائمة لا سيا ومذهب مالك إجماع أهل المدينة حجة وابن عبد الحكم لم ير النقض في

شيء من هذه المسائل ، لكون أدلتها ليست بقطعية . ثم قال وما قاله ابن الماجشون بعيد عن تجديد النظر في الأدلة كيف والاستسعاء قد ورد به حديث ثابت عن رسول الله ﷺ وكذلك الشفعة للجار مع ورود أحاديث تقتضيها اهـ ، فيؤخذ منه ترجيح قول ابن الماجشون لما تقدم من أن ما خالف عمل أهل المدينة ينقض بمنزلة ما خالف قاطعاً ، وأن النقض ليس محصوراً في مخالفة القاطع، ولعل استبعاد المازري له من جهة الدليل فلم يرتضه المصنف ، وكذلك ابن يونس لما نقل قول ابن الماجشون بالنقض في هذه الأمثلة التي ذكرها المصنف بعينها ، وقول ابن عبد الحكم بعدمه فيها قال ما نصه قال ابن حبيب لا يعجبني ما انفرد به ابن عبد الحكم انفرد بعدم النقض عن أصحابه .

وقال ابن دبوس في كتابه المسمى بالإعلام بما ينزل عند القضاة والحكام بعد ذكره الخلاف المذكور ، ونقله عن ابن حبيب أن ما قاله ابن الماجشون قاله مطرف وأصبغ ، وروى أكثره عن مالك وأنه رأى علماء أهل المدينة في القديم والحديث ما نصه قال ابن حبيب . قلت لابن عبد الحكم فمن حكم بحكم أهل العراق بالشفعة للجار ونكاح المحرم وميراث العمة والخالة والمولى الأسفل الخ فقال هذا كله عندي مما إذا حكم فيه حاكم بامضائه أمضيته ولا أرده . قال ابن حبيب ولم يعجبني انفراد ابن عبد الحكم بهذا القول دون أصحابه ولم نأخذ به . وقولنا فيه كقول ابن الماجشون وأصبغ ورواه مطرف عن مالك اهـ ، وبهذا يتبين أن ما مشى المصنف عليه هو الموافق لنقل الأئمة ، واستبعاد المازري له من جهة النظر لا يضعفه ، وأن قول ابن عبد الحكم بعدم النقض هو الضعيف لانفراده به عن أصحابه ، وقول ابن عبد البر لم يقل بالنقض غير عبد الملك مردود بما نقله ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وروايته عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، والله أعلم .

(أو) حكم بـ (جعل بتة) بفتح الموحدة ، أي طلاق بت العصمة وقطعها وهو الثلاث طلقة (واحدة) ابن القاسم من طلق زوجته البتة فرفع لمن يراها واحدة فجعلها

أو أنَّـهُ قَصَدَ كَـذَا فَأخطَأَ بِبَيِّنَةٍ ، أو ظَهَرَ أنَّـهُ قَضَى بِعَبْدَيْنِ ، أو كَافِرَيْنِ ، أو صَبِيَّيْنِ ، أو فَاسِقَيْنِ ، كَأحدِهِما ،

واحدة وزوجها البات قبل زوج فلمن ولي بعده أن يفرق بينهما، وليس هذا من الإختلاف الذي يقر الحكم به . وقال ابن عبد الحكم لا ينتقض ذلك كائناً ما كان ما لم يكن خطأ محضاً (أو أنه) أي القاضي (قصد كذا) من الأقوال ليحكم به (فأخطأ) وحكم بغيره وثبت ذلك (ببينة) شهدت عند القاضي . الثاني أن القاضي الأول قصد الحكم بكذا فأخطأ وحكم بغيره فينقضه الثاني . ابن الحاجب إن قامت بينة على أن للقاضي العدل فيما حكم به رأياً فحكم بغيره سهواً نقض حكمه . ابن عرفة ذكره ابن محرز ، ونصه أن قصد إلى الحكم بمذهب فصادف غيره سهواً فهذا يفسخه هو دون غيره ، إذ ظاهره الصحة لجريانه على مذهب بعض العلماء ووجه غلطه لا يعرف إلا من قوله إلا أن تشهد بينة أنها علمت قصده إلى الحكم بغيره فوقع فيه فينقضه من بعده كما ينقضه هو .

(أو ظهر أنه) أي القاضي (قضى) بأمر (ب) شهادة (عبدين أو كافرين أو صبيين أو فاسقين) معتقداً عدالتهما فينقض قضاؤه في الثلاث الأول اتفاقاً ، وفي الرابعة على أحد قولي الامام مالك « رض » ، وبه أخذ ابن القاسم والآخر لا ينقض وبه أخذ أشهب . ابن الحاجب لو ظهر أنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين نقض الحكم ، بخلاف رجوع البينة . اللخمي إن ثبت تقدم جرحة البينة فقال مالك « رض » في كتاب الشهادات ينقض الحكم . وقال في كتاب الحدود يمضي ، وعلى هذا يجري إن ثبت أن بينهما وبينه عداوة أو تهمة .

وشبه في النقض فقال (ك) ظهور (أحدهما) أي الشاهدين بعد الحكم بشهادتهما عبداً أو كافراً أو صبياً أو فاسقاً فينقض . فيها إن علم بعد الجلد أو الرجم أن أحدهم عبد حد الشهود أجمعون . اللخمي إن ثبت أن أحدهما عبد نقض الحكم قاله الامام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم . ولو قيل بمضيه كان له وجه ، بل هو أولى من عدم

إِلَّا بِمَالٍ فَلَا يُرَدُّ ، إِنْ حَلَفَ ، وَإِلَّا أُخِذَ مِنْهُ ، إِنْ حَلَفَ ،

وَحَلَفَ فِي الْقِصَاصِ خَمْسِينَ مَعَ عَاصِبِهِ ،

إمضائه إن ثبت جرحته لأن شهادة الفاسق مردودة اتفاقاً ، والعبد أجــاز شهادته علي وأنس وشريح وغيرهم وإن ثبت أن أحدهما نصراني رد الحكم قولاً واحداً ، وإذا ثبت أنهما أو أحدهما مولى عليه ففي كتاب ابن سحنون ينقض . والنقض في هذا أبعد منه في العبد ، وقد قال مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم أن شهادة المولى عليه تجوز ابتـداء وهو أحسن ، لأنه حر مسلم عدل ولا ترد شهادته لجهله بتدبير ماله .

ابن عرفة الرواية واضحة بأن كونهما صبيين أو أحدهما ككونهما أو أحدهما كافــرا (إلا) أن يكون الحكم بشهادة من ظهر أحدهما عبداً أو صبياً أو فاسقاً أو كافراً (بمال ف) لا ينقض الحكم و (لا يرد) بضم التحتية وفتح الراء وشد الدال المال للمحكوم عليه (إن حلف) المحكوم له به لتمام النصاب باليمين (وإلا) أي وإن لم يحلف المحكوم له به (أخذه) أي المحكوم عليه المال (منه) أي المحكوم له (إن حلف) المحكوم عليه لرد شهادة الشاهد الباقي ، فإن نكل فلا يأخذه لثبوته عليه بالشاهد والنكول فيها إن حكم بمال ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته حلف الطالب مع البـاقي ، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع المال ، وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمداً فاقتص منه ثـم تبين أحدهما عبداً أو من لا تجوز شهادته فلا يكون على متولى القطع شيء وهذا من خطأ الامام اللخمي ، أراد إن لم يعلم الحر أن الذي معه عبد . واستشكل قولها من خطأ الامام ولم يقل يحلف المقتص له مع الشاهد الباقي كما قال في المال ، لأن قوله فيها إن جراح العمد تثبت بالشاهد واليمين كالمال . ويجاب بأن المال يمكن رده فكان للمشهود له منتفع بيمينه فصح حلفه والقطع لا يمكن رده فلا نفع للمشهود له بحلفه .

(و) إن شهدا على رجل بقتل آخر عمداً فاقتص منه ثم ظهر أحدهما عبداً أو صبياً أو كافراً أو فاسقاً (حلف) ولي الدم (خمسين) يميناً (مع) جنس (عاصبه) أي الولي واحداً كان أو أكثر ، إذ لا يحلف في العمد أقل من رجلين ومضى الحكم .

وَإِنْ نَكَلَ : رُدَّتْ ، وَغَرِمَ شُهُودٌ عَلِمُوا ، وَإِلَّا فَعَلَى عَاقِلَةِ الْإِمَامِ ، وَفِي الْقَطْعِ ، حَلَفَ الْمَقْطُوعُ أَنَّهَا بَاطِلَةٌ .

(فإن نكل) الولي (ردت) بضم الراء شهادة الشاهد الباقي (وغرم) الدية (شهوداً علموا) أن من شهد منهم عبداً ونحوه ، سواء علموا أن شهادته مردودة أم لا وهو كذلك على المشهور (وإلا) أي وإن لم يعلموا (فعلى عاقلة الامام) الذي حكم بالقصاص غرم الدية لخطئه في اجتهاده في حال الشهود ، فإن علم الامام فالدية في ماله . « ق » اللخمي عن ابن سحنون إن بان أحدهما عبداً أو ذمياً أو مولى عليه ، فإن حلف المقضي له بالقتل مع رجل من عصبته خمسين يميناً تم الحكم له ونفذ ، وإن نكل المحكوم له بالقتل عن القسامة انتقض الحكم ، كأنه لم يكن قال أصحابنا ولا غرم على الشاهد أي الحر المسلم إن جهل رد شهادة العبد أو الذمي . وقال بعض أصحابنا ذلك على عاقلة الامام .

(و) إن ادعى رجل على آخر أنه قطع يده عمداً وأشهد عليه شاهدين واقتص منه ثم ظهر أحدهما عبداً أو نحوه ، فإن حلف المشهود له مع الشاهد الباقي مضى الحكم ، وإن نكل عن الحلف معه (في) صورة الحكم بـ (القطع) ليد مثلاً (حلف) الشخص (المقطوع) يده (أنها) أي الشهادة عليه بأنه قطع يد المدعي عمداً (باطلة) واستحق دية يده من الشاهد الباقي العالم بأن من شهد معه عبد أو ذمي ومن عاقلة الامام إن لم يعلم .

« ق » ابن عرفة الأقوال في هذا ستة . ابن سحنون إن بان أحدهما عبداً أو ذمياً أو مولى عليه ، فإن حلف المشهود له بالقطع مع الشاهد الباقي تم الحكم له ونفذ ، وإن نكل في القطع ولم يعلم أن شاهده عبد لظهور حريته ويحلف المقتص منه في اليد أن ما شهد عليه الشاهد به باطل انتقض الحكم ، كأنه لم يكن قال أصحابنا ولا غرم على الشاهد إن جهل رد شهادة العبد أو الذمي وذلك على عاقلة الامام ، وبحث في حلف المشهود له أولا بأنه لا فائدة فيه ، لأنه إن نكل عن اليمين فلا غرم عليه ، بل على الشاهد أو عاقلة الامام أو على الامام ، وكلام ابن عرفة صريح في أنه لا يحلف المشهود له هنا أفاده البناني .

الحط يعني فإن كانت الشهادة في قطع بأن شهدا أن هذا قطع يد هذا عمداً ثم تبين أن أحدهما عبد أو كافر أو صبي أو فاسق ، فإنه يحلف المحكوم لـه بالقصاص ، فإن نكل حلف المقطوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده . ابن عبد السلام وحكمها حكم الدية في المسألة الأولى ، يعني مسألة القصاص فيكون الحكم على ما قال أن الغرم على الشهود إن علموا وإلا فعلى عاقلة الامام . وفي كتاب الحدود من المدونة وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمدا فاقتص منه ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته لم يكن على متولي القطع شيء ، قال وهذا من خطأ الامام قال أبو الحسن في الأمهات. قلت فهل للمقتص على الذي اقتص له شيء قال لم أسمع عن مالك فيه ولاأرى له شيئاً . قلت فهل على الذي اقتص شيء قال لا ، وهذا من خطأ الامام . اللخمي يريد إذا لم يعلم الحر أن الذي معه عبد اه .

(ونقضه) أي الحكم (هو) أي القاضي الذي حكم به (فقط) أي دون غيره فليس له نقضه (إن ظهر أن غيره) أي الحكم الذي حكم به (أصوب) منه هـذا قول ابن القاسم . ابن راشد وهو المشهور ، وقال سحنون لا يجوز نقضه وصوبه ابن محرز وعياض وغيرهما ، والقولان تؤولت المدونة عليها . فيها أكان مالك «رض» يرى للقاضي بقضية تبين له فيها أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به أن يرد قضيته ويقضي بما رأى بعد ذلك ولو كان ما قضى به مما اختلف فيه فقال إنما قال إن تبين أن الحق غير ما قضى به رجع فيه ولا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه . ابن محرز ابن الماجشون وسحنون وغيرهما لا يجوز له فسخه وهو أحسن .

وفي العارضة إذا قضى القاضي بقضية جاز له أن يرجع عنها الأصوب منها . وأما رد غيره لحكمه فلا يجوز إلا أن يكون جوراً بيناً أو بخلاف شاذ اهـ ، الحط هذا ما دام على ولايته التي حكم فيهـا بذلك الحكم ، فإن عزل ثم ولي فليس له نقضه ، ففي وثائق الجزيري للقاضي الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف ما دام على خطته ، وليس لمن ولي

بعده نقض ذلك الحكم إذا وافق قول قائل ، وإن كان ضعيفا ، وكذلك ليس هو نقضه إن عاد إلى الحكم بعد العزل اﻫ . وفي المتيطية للقاضي الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم ، وفيا تبين له فيه الوهم مـا دام على قضائه ، فإن عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه ما لم يتبين فيه جور ، أو يكون قد قضى بخطأ لا اختلاف فيه بين أهل العلم وما حكم فيه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعيفاً فلا يحل لأحد سواه فسخه .

ابن القاسم إذا عزل القاضي ثم صرف إلى خطة فليس له نقض ما حكم به إلا مـا يكون له نقضه من قضاء غيره وعزله وتوليته ، كعزله وتولية غيره ، ثم نقل عن ابن عبد الحكم أنه ليس له رجوع عما حكم به ، ثم ذكر أن الخلاف إنما هو إذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده . وأما إن قضى بذلك وهلاً أو نسياناً أو جهلاً فلا ينبغي الخلاف أنه يجب عليه الرجوع عنه إلى ما رأى ، إذ قد تبين له الخطأ .

(أو خرج) القاضي في قضائه (عن رأيه) الذي أداه اجتهاده اليـه وقضى بغيره سهواً فله هو نقضه ولا ينقضه غيره . ابن رشد لو قضى بغير ما أداه اجتهاده اليه ذاهلاً أو ناسياً فلا خلاف في وجوب الرجوع عنه إلى ما رأى (أو) خرج القاضي في قضائه (عن رأي مقلده) بضم الميم وفتح القاف واللام مثقلاً ذاهـلاً أو ناسياً فله نقضه وليس ذلك لغيره . ابن محرز إن قصد إلى الحكم بمذهب فصادف غيره سهواً فهـذا يفسخه هو دون غيره ، إذ ظاهره الصحة لجريانه على مذهب بعض العلماء ، ووجـه غلطه لا يعرف إلا من قوله إلا أن تشهد بينة أنها علمت قصده إلى الحكم بغيره ، فوقع فيه فينقضه من بعده كما ينقضه هو .

البناني على ما ذكره المصنف والله أعلم فيمن هو من أهل الترجيح . وأمـا من ليس منهم فلا يحكم إلا بالمشهور وإن حكم بغيره ، فإنه يفسخ لأنه معزول عن الحكم بـه . ابن عرفة لا يعتبر من أحكام قضاة العصر إلا ما لا يخالف المشهور ومذهب المدونة وتبعه البرزلي فقال الذي جرى عليه العمل أن لا يحكم القاضي بغير مشهور مذهب مالك «رض»

وقد وقع ذلك في زمن السيوري ففسخه وفسخ الغبريني حكم حاكم بقول شاذ ، لأن من لم يكن من أهل الاجتهاد ولا معرفة وجوه الترجيح لا يجوز له الحكم بالشاذ وهو معزول عنه ، ويفسخ حكمه ، وإنما يحكم بغير المشهور من القضاة من ثبت له وجه وثبت عنده ترجيحه وليس هذا في قضاة زماننا ، بل لا يعرف كثير منهم النص ، وإنما يحكمون بالتخمين نقله طفي في أجوبته عن الدرر المكنونة ونحوه في المعيار عن العقباني ، والله أعلم .

(ورفع) حكم الحاكم في نازلة فيها أقوال للأئمة بقول منها فيرفع (الخلاف) أي العمل والفتوى في عين تلك النازلة التي حكم فيها بغير ما حكم به فيها . « غ » القرافي الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم ويبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم وهو ما حكم به الحاكم . ابن الشاط هذا يوهم أن الخلاف يبطل مطلقاً في المسألة التي تعلق بها الحكم ، وليس كذلك ، بل الخلاف باق على حاله إلا أنه إن استفتى المخالف في عين تلك المسألة التي حكم فيها فلا يسوغ له الفتوى فيها بعينها ، لأنه قد نفذ الحكم فيها بقول قائل ، ومضى العمل به فيها وإن استفتى في مثلها قبل الحكم فيه أفتى بمذهبه على أصله ، ثم قال القرافي حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم ، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء ، فمن لا يرى وقف المشاع إذا حكم حاكم بصحة وقفه ، ثم رفعت الواقعة لمن كان يفتي ببطلانه نفذه وأمضاه ولا يحل له بعد ذلك أن يفتي ببطلانه ، وكذلك إن قال لها إن تزوجتك فأنت طالق وتزوجها وحكم حاكم بصحة هذا النكاح ، فالذي كان يرى لزوم الطلاق له ينفذ هذا النكاح ولا يحل له بعد ذلك أن يفتي بالطلاق ، هذا مذهب الجمهور ، وهو مذهب مالك رضي الله تعالى عنهم . ابن الشاط لقائل أن يقول لا ينفذه ولا يمضيه ولكنه لا يرده ولا ينقضه ، وكان شيخنا الصغير يحكي عن شيخه المكرمي عن الزجراجي عليك بقواعد القرافي ولا تقبل منها إلا ما قبله ابن الشاط .

(لا أحل) حكم الحاكم (حراماً) « غ » فيه تنبيهان،الأول:عبد السلام لا فرق بين الفروج والأموال ، ثم قال وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وكثير من أهل المذهب فيما حكى عنهم أبو عمر إنما ذلك في الأموال لا في الفروج اهـ ، وهو تصحيف . أما في نسخة ابن عبد السلام من الاستذكار وأما في شرحه هو والذي رأيته في نسخة من الاستذكار عتيقة مقروأة مقابلة بأصل مؤلفه ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وكثير من أصحابهم إنما ذلك في الأموال بلفظ أصحابهما بضمير المتثنية العائد على أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يصح غيره، إذ لا خلاف عند أهل المذهب أنه لا فرق بين الأموال والفروج كما قطع به ابن رشد وابن عرفة وغيرهما .

الثاني : سئل ابن الحاجب بمن أقام شاهدي زور على نكاح امرأة فحكم له به ، وبحكم الحنفي للمالكي بشفعة الجوار ، أما المثال الأول فظاهر ، وأما الثاني فقال ابن عبد السلام يعني فإنه لا يحل للمالكي الأخذ بهذه الشفعة لاعتقاده بطلان ما حكم له به القاضي ، فيعود الأمر فيه إلى ماقبله ، هكذا قالوا ، وليس بالبين ، لأن ما تقدم الظاهر فيه مخالف الباطن ، ولو علم القاضي بكذب الشهود لما حكم بهم ، وفي هذه الصورة القاضي والخصمان علموا من حال الباطن ما علموا من حال الظاهر ، والمسألة مختلف فيها وحكم القاضي يرفع الخلاف فيتنزل ذلك بعد ارتفاع الخلاف منزلة الإجماع ، وما هذا سبيله يتناول الظاهر والباطن ، والذي قلناه هو ظاهر كلام السيوري ، وعلى ما قال ابن الحاجب لو غصب الغاصب شيئاً فنقله من مكانه ، وكان مما اختلف فيه هل يفوت بنقله أم لا فقضى القاضي لربه بأخذه ، وكان مذهب ربه أنه يفوت وتجب فيه القيمة ، فعلى هذا ليس لربه التصرف فيه .

ابن عرفة ظاهر قوله كذا قالوا مع عزوه ما ظهر له للسيوري أن المذهب هو ما قاله ابن الحاجب تبعاً لقول ابن شاس إنما القضاء إظهار لحكم الشرع لا اختراع له فلا يحل للمالكي شفعة الجوار إن قضى له بها حنفي ، وليس كذلك ، بل مقتضى المذهب خلافه . المازري في ائتمام الشافعي بالمالكي وعكسه الاجماع على صحته ، واعتذر عن قول أشهب من صلى خلف من لا يرى الوضوء من القبلة يعيد ، وفي كتاب الزكاة من المدونة إن لم يبلغ

حظ كل واحد من الخليطين ما فيه الزكاة ، وفي مجموعهما ما فيه الزكاة فلا زكاة عليهما ، فإن تعدى الساعي فأخذ من غنم أحدهما شاة فليترادا فيها على عدد غنمهما ، فتحليله لمن أخذت الشاة من غنمه الرجوع على خليطه بمنابه منها نص في صحة عمل المحكوم عليه بلازم ما حكم به الحاكم المخالف لمذهب المحكوم عليه فأحرى إذا كان نفس ما حكم به ، ولا سيما على القول بأن كل مجتهد مصيب ، ولا أعلم لابن شاس فيه مستنداً إلا اتباع وجيز الغزالي وهذا لا يجوز له.

وأما المصنف في التوضيح فقال قول ابن الحاجب ولو حكم الحنفي الخ. نقله ابن محرز عن ابن الماجشون . فقال إن حكم القاضي باجتهاد بقول شاذ فمذهب ابن الماجشون إلى فسخ حكمه كالحكم بالشفعة للجار ، ثم أشار إلى أن استشكال ابن عبد السلام لما هنا كاستبعاد المازري لقول ابن الماجشون بنقض الحكم بشفعة الجار ونظائرها المذكورة في المختصر قبل هذا ، ومقتضى كلام ابن عرفة أن التحليل والتحريم لا ينبني على إمضاء حكم القاضي ونقضه ، فإنه ذكر كل مسألة منهما في موضعها على حدتها ولم يشر لتلازمهما.

الحط في النوادر لو طلق زوجته البتة وتخاصما إلى من يراها واحدة وحكم لهما بانها واحدة ومذهبهما أنها ثلاث فلا يحل لهما النكاح قبل زوج حكمه بانها واحدة ، لأن الحكم لا يحل لهما ما هو حرام عليهما في مذهبهما ، ولو قال لعبده اسقني ماء مريداً عتقه بهذا والسيد يرى أنه لا يلزمه عتقه بهذه الصيغة والعبد يراه عتقاً فللعبد أن يذهب حيث شاء إن حكم له بالعتق حاكم ، ولو قال لزوجته اختاري فقالت اخترت نفسي وهي تذهب انه ثلاث ، والزوج إلى أنها واحدة ، وتخاصما إلى من يراها واحدة فحكم بانها واحدة فحكمه لا يبيح للمرأة تمكين الزوج منها ولتمنعه جهدها ، لأنه لا يحل الحرام .

طفى يحتمل تعلق قوله لا أحل حراماً بقوله ورفع الخلاف كما قرر به تت ، ونحوه قول الجواهر أن القضاء وإن لم ينقض لا يتغير به الحكم في الباطن ، بل هو على المكلف على ما كان قبل قضاء القاضي ، وإنما القضاء إظهار لحكم الشرع لا اختراع له فلا يحل

للمالكي شفعة الجوار اهـ . ويحتمل عدم تعلقه بما قبله وأن المراد أن حكم الحاكم لايحل حراماً في الباطن لم يطلع عليه القاضي ولو اطلع عليه ما حكم كمن أقام شهود زور على نكاح امرأة فحكم الحاكم بهم لاعتقاد عدالتهم ، فهذا ظاهره خلاف باطنه بخلاف النوع الأول ، وقد ذكر ابن شاس وابن الحاجب النوعين والنوع الثاني هو الذي عام عندنا في الفروج والأموال ، ثم قال وأما النوع الأول فصرح ابن الحاجب وابن شاس بانه لا يحل الحرام أيضاً وتبعهما المصنف .

البناني قوله لا أحل حراماً هذا مخصص بما إذا كان باطنه بخلاف ظاهره وهو قسمان أموال وفروج وبما إذا حكم بامر يعتقد حليته والمحكوم عليه لا يرى حليته لكونه مجتهداً أو ليس هو قول مقلده ، فالحرام الذي لا يحله حكم القاضي هو هذان القسمان على نزاع في القسم الثاني ، فإن ابن شاس وابن الحاجب قالا لا يحله ، وتعقبه ابن عرفة بانهما تبعا فيه وجيز الغزالي ، ومقتضى المذهب خلافه ، ومحل كلام ابن شاس في هذا الثاني أن حكم القاضي بقول شاذ كالشفعة للجار ، وحمله في ضيح على قول عبد الملك ينقض الحكم بالشاذ الذي جرى عليه المصنف ، وقد علمت بذلك أن الأقسام ثلاثة ما باطنه بخلاف ظاهره ، وهذا محل قوله لا أحل حراماً وما حكم فيه المخالف بقول غير شاذ ، وهذا محل قوله ورفع الخلاف وما حكم فيه بالشاذ ، وهذا عند ابن شاس حكمه كالأول فيدخل في قوله لا أحل حراماً ، وعند ابن عرفة حكمه كالثاني فيدخل في قوله ورفع الخلاف ، وهذا مقتضى المذهب ، نعم قول ابن عرفة لا أعرف لابن شاس مستنداً إلا ما في الوجيز قصور ، فإن ما ذكره ابن شاس مثله في النوادر ونقله الحط مقتصراً عليه في شرح المتن . والله أعلم .

ثم بين ما يعد حكما رافعاً الخلاف فقال (ونقل) بفتح النون وسكون القاف (ملك) بكسر فسكون أي قول القاضي نقلت ملك الشيء المتنازع فيه من فلان إلى فلان المتنازعين فيه حكم منه رافع للخلاف (وفسخ) بفتح فسكون (عقد) بفتح فسكون لنكاح أو بيع او إجارة أو غيرها متنازع فيه ، أي قوله فسخت هذا العقد حكم كذلك

وَتَقَرُّرُ نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ : حُكْمٌ لَا أُجِيزُهُ ،

(وتقرر) بفتح الفوقية والقاف وضم الراء مثقلا ، أي تقرير (نكاح) امرأة زوجت نفسها (بغير ولي) أي قوله قررته (حكم) رافع للخلاف خبر نقل ما عطف عليه . عب وأراد المصنف بتقريره ما يشمل سكوت الحنفي عنه حين رفع له وعدم حكمه باثبات ولا نفي اهـ ، ونحوه للخرشي ، ويشهد له النقل الآتي .

ابن شاس ما قضى به الحاكم من نقل الاملاك وفسخ العقود ونحو ذلك فلا شك في كونه حكماً ، فأما إن لم يكن تأثير القاضي في الحادثة أكثر من إقرارها لما رفعت اليه مثل أن يرفع اليه نكاح امرأة زوجت نفسها بغير ولي فأقره وأجازه ثم عزل وجاء غيره ، فهذا مما اختلف فيه ، فقال ابن القاسم طريقه طريق الحكم وامضاؤه والاقرار عليه كالحكم باجارته ولا سبيل إلى نقضه ، واختاره ابن محرز .

اللخمي قول ابن القاسم أحسن . ابن العربي إن ترك القاضي الحكم بمسألة فرأى ابن القاسم بفقهه ان يمضي حكمه بالترك فانه حكم صحيح كتركه فسخ نكاح المحرم ونكاح من حلف بطلاق قبل الملك . ابن عرفة قول ابن القاسم جار على القول ببقاء الأعراض وجمهور أهل السنة على خلافه .

(لا) يعد حكماً قول القاضي في شأن عقد رفع اليه (لا أجيزه) ابن شاس لو رفع هذا النكاح إلى قاض فقال أنا لا أجيز النكاح بغير ولي ، ولم يحكم بفسخه ، فان هذا ليس بحكم ولكنه فتوى ولمن يأتي بعده استقبال النظر فيه فتبعه ابن الحاجب . ابن عبد السلام وابن هرون متفق عليه . ابن عرفة مقتضى جعله فتوى أن لمن ولي بعده نقضه ضرورة أنه لم يحكم به الأول ، والظاهر أنه لا يجوز للثاني نقضه ، لأن قول الأول لا أجيزه ولا أفسخه حكم منه بانه مكروه ، والكراهة أحد أقسام الحكم الشرعي الخمسة التي يجب رعي كل حكم منها ولازمه وحكم المكروه وعدم نقضه بعد وقوعه ولا سيما على قول ابن القاسم في حكم الحاكم إذا كان متعلقة تركاً (أو أفتى) القاضي في أمر رفع اليه فليست فتواه حكماً اتفاقاً . ابن الحاجب فتواه في واقعه واضح أنه ليس

أَوْ أَفْتَى ، وَلَمْ يَتَعَدَّ لِمُمَاثِلٍ ، بَلْ إِنْ تَجَدَّدَ ، فَالِاجْتِهَادُ كَفَسْخٍ بِرَضْعِ كَبِيرٍ ، وَتَأْبِيدِ مَنْكُوحَةٍ عِـــدَّةٍ ، وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي ٱلْمُسْتَقْبَلِ

بحكم ابن عرفة جزم القاضي بحكم شرعي على وجه مجرد إعلامه به فتوى لا حكم ، وجزمه به على وجه الأمر به حكم .

(و) إن حكم القاضي في نازلة بحكم ونزلت نازلـة مثلهـــا (لم يتعد) حكمه (لـ) لأمر (مماثل) للامر الذي حكم فيه أولاً ، لأن الحكم جزئي (بل إن تجدد) المماثل بعد الحكم في الأول بين المتخاصمين أو غيرهما (فالاجتهاد) مشروع فيه من القاضي الأول أو غيره ، ومثل لهذا فقال (كفسخ) لنكاح (بـ) سبب (رضع) شخص (كبير) أي زاد عمره على حولين وشهرين ثم عقد الزوج على الزوجة فلا يتعدى فسخ العقد الأول لهذا العقد الثاني ، وكذا إذا تجدد مثلها فيجتهد الأول أو غيره في الثاني بالفسخ أو التقرير ، لأن القاضي الاول يحكم بتأبيد التحريم بينهما .

(و) كفسخ نكاح في عدة لـ (تأبيد) حرمة امرأة (منكوحة) رجل في (عدة) لها من طلاق أو وفاة ، فإن عقد عليها عقداً آخراً وتزوجت امرأة أخرى في عدتها فلا يتعدى الفسخ إلى العقد الثاني ويجتهد فيه القاضي الاول أو غيره بالفسخ ، او التقرير ، لان القاضي الاول يحكم بتأبيد التحريم (وهي) أي المرأة التي فسخ نكاحها برضع الكبير او بوقوعه في عدتها (كغيرهـــا) من النساء (في) الزمن (المستقبل) ممن لم يقع له مثل ذلك . «غ» هذان المثالان ذكرهما ابن شاس ، فقال إن كان حكم الاول باجتهاد فيما طريقة التحريم والتحليل وليس نقل ملك من أحد الخصمين إلى الآخر ، ولا فصل حكومة بينهما ولا إثبات عقد بينهما ولا فسخه ، كما إذا رفع الى قاض رضاع كبير فحكم بأنه يحرم ، وفسخ النكاح من أجله فالقدر الذي ثبت بحكمه هو فسخ النكاح .

وأما تحريمها عليه في المستقبل فإنه لم يثبت بحكمه ، بل يبقى معرضاً للاجتهاد فيه ،

وكذا لو رفع اليه حال امرأة نكحت في عدتها ففسخ نكاحها وحرمها على زوجها لكان القدر الذي ثبت بحكمه فسخ النكاح فحسب .

وأما تحريمها في المستقبل فمعرض للاجتهاد ، ومن هذا الوجه حكمه بنجاسة ماء أو طعام او شراب او تحريم بيع او نكاح او إجارة ، فإنه لا يثبت حكماً في ذلك الجنس من العقود او البياعات على التأبيد، وإنما له أن يغير من ذلك ما شاهده وما حدث بعد ذلك فإنه معرض لما يأتي من الحكام والفقهاء . ابن الحاجب الحكم لعارض اجتهادي لا يقتضي الفسخ إذا تجدد السبب ثانياً،بل يكون معرضاً للاجتهاد كفسخ النكاح برضاع الكبير ونكاح امرأة في عدتها وهي كغيرها في المستقبل . ابن عرفة قبلوه وهو صواب في مسألة المعتدة . وأما في رضاع الكبير فغير صحيح او فيه نظر ، وبيانه أن علة منع حكم الثاني بخلاف حكم الاول هو كون حكم الثاني رافعاً لمتعلق حكم الاول بالذات، وهذا لانه دار معه وجوداً وعدماً ، أما وجوداً ففي مثال حكم الحاكم الثاني بكون المبتاع الاول فيما باعه الآمر والمأمور[1] أحق بالمبيع ولو قبضه المبتاع الثاني بعد حكم الحاكم الاول بأن قابضه أحق . وأما عدماً ففي جواز حكم عمر وعلي «رض» بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء[2] ، وتقرر في أصول الفقه اعتبار الدوران إذا

---

(١) (قوله والمأمور) أي الوكيل صورتها وكل زيد عمرا على بيع شيئه ثم باعه زيد لشخص وباعه عمرو لآخر بعد بيع زيد او قبله وقبض المبيع المشتري الاخير وحكم حاكم بأنه أحق بـه ثم حكم حاكم آخر بأن المشتري الاول أحق بـه ، فقد رفع حكم الحاكم الثاني متعلق حكم الحاكم الاول ، فيمنع حكم الحاكم الثاني لوجود علة منعه ، وهو رفع متعلق حكم الاول بذاته فوجد المنع لوجود علته فدار معها وجوداً .

(٢) (قوله في قسم الفيء) صلة حكم فحكمهما فيه بخلاف ما حكم بـه فيه من قبلهما لم يرفع متعلق حكم من قبلهما فلم توجد علة منع حكمهما فدار معها منعه في عدم وجوده وخلفه نقيضه وهو جوازه .

وَلَا يَدْعُو لِصُلْحٍ ، إِنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ ، وَلَا يَسْتَنِدُ لِعِلْمِهِ ،

ثبت هذا ونظرنا وجدنا حكم الثاني في مسألة الناكح في العدة غير رافع لنفس متعلق حكم الاول ، لان متعلق حكمه بالذات الفسخ والتحريم تابع له ، فلم توجد علة منع حكم الثاني فيها ووجدنا حكم الثاني في مسألة رضاع الكبير رافعاً لنفس متعلق حكم الحاكم الاول بالذات ، وهو تحريم رضاع الكبير ، وفسخ نكاحه تابع لهـذا المتعلق بالذات ، لا أنه متعلق حكمه بالذات ، فيجب منع حكم الثاني عملاً بالعلة الموجبة لمنعه.

الحط بحث ابن عرفة مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر ، لأن حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير ، إذ لا موجب للفسخ سواه ، فحكم الثاني بصحة النكاح الثاني رافع لحكم الأول بتحريم رضاع الكبير ، فلا يصح حكمه بذلك ، بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة ، فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها ، لأن الفسخ لكون النكاح في العدة فاسداً ، وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة أم لا . وأما الفسخ فلا تعلق له به نعم في عبارة ابن شاس أن القاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمها ، فإن كان مراده بقوله وحرمها أنه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر ، وإن كان مراده أن القاضي حكم بتأبيد حرمتها فكيف يصح حكم القاضي الثاني بصحة النكاح الثاني ، ولعلهم فهموا المعنى الأول . وأما على المعنى الثاني فلا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بصحة النكاح الثاني .

(ولا يدعو) القاضي الخصمين (لصلح إن) كان (ظهر له) أي القاضي بنظره في خصومتهما (وجهه) أي الحق لأحدهما ببينة أو إقرار خصمه ، لأن الصلح يشتمل غالباً على إسقاط بعض الحق ، ففي الدعاء له هضم لبعض الحق ما لم يخش تفاقم الأمر أو يكونا من ذوي الفضل أو الرحم كما تقدم . اللخمي لا يدعو إلى الصلح إذا تبين الحق لأحدهما إلا أن يرى لذلك وجهاً ، وأنه متى حكم تفاقم الأمر بين المتنازعين وخشيت الفتنة .

(ولا يستند) القاضي في حكمه (لعلمه) أي القاضي السابق على مجلس قضائه .

اللخمي لا يقضي القاضي بما كان عنده من العلم قبل أن يلي القضاء ولا بعد أن وليه ولم يكن في مجلس قضائه ، أو كان فيه وقبل تحاكمهما اليه (إلا في التعديل والتجريح) للشهود فيستند فيها لعلمه اتفاقاً حكاه المازري وغيره . أبو عمر اجمعوا أن له أن يعدل ويجرح بعلمه ، وأنه إن علم ما شهد الشهود على غير ما شهدوا به أنه ينفذ علمه ويرد شهادتهم بعلمه . سحنون لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدا به لم يجز أن أحكم بشهادتهما ، ولا أن أردهما ، ولكن ارفع ذلك إلى الأمير الذي فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما علم ، ولو شهد شاهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق فلا أقضي بشهادتهما .

وشبه في جواز الإستناد المفهوم من الإستثناء فقال (كالشهرة بذلك) المذكور من التعديل والتجريح . فيها للامام مالك « رض » من الناس من لا يسأل عنه ولا تطلب فيه تزكية لعدالتهم عند القاضي . ابن عبد الحكم من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه ولا تطلب فيه تزكية لاشتهار عدالته. ومنهم من لا يسأل عنه لشهرته بغير العدالة إنما يكشف عما أشكل عليه ، وقد شهد ابن أبي حازم عند قاضي المدينة فقال أما الإسم فاسم عدل ، ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم فأعجب ذلك مشايخنا . ابن عرفة ذكر لي بعض شيوخي أن البرقي فقيه المهدية شهد في سيره إلى الحج عند قاضي الاسكندرية ، فلما قرأ اسمه قال أنت البرقي فقيه المهدية فقيل له نعم فكلف المشهود له البينة على أنه هو وحكم بشهادته دون طلب تعديله .

(أو إقرار الخصم) المشهود عليه (بالعدالة) للشاهد عليه فيكتفي به القاضي عن طلب تعديله عن غيره . ابن الحاجب لو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة . ابن عرفة لم أعرف هذا الفرع لأحد من أهل المذهب ، وفي جريه على أصله نظر ، لأنه إقرار متناقض فيجب طرحه ، فإن قلت فقد قال أبو عمر في كافيه إن لم يعرف القاضي الشهود واعترف المشهود عليه بعدالتهم قضى بهم إذا لم يكذبهم ولا يقضى بهم على غيره . قلت

وإنْ أَنكرَ محكُومٌ عليْهِ إقرارَهُ بعدَهُ : لمْ يُفِدْهُ ،

قوله إذا لم يكذبهم صير المسألة إلى باب الإقرار وقال أصبغ إذا رضي الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي فلا يحكم بها .

(وإن) أقر أحد الخصمين بما عليه للآخر وحكم القاضي عليه بإقراره و (أنكر) شخص (محكوم عليه) بمقتضى إقراره في مجلس القضاء فأنكر (إقراره) عند القاضي بما حكم عليه به ، وكان إنكاره (بعده) أي الحكم (لم يفده) بضم فكسر ، أي الإنكار المحكوم عليه فيمضي الحكم عليه ، ويستوفي منه مقتضاه . ومفهوم بعده أنه إن أنكر إقراره قبله فلا يحكم عليه إذا لم يشهد عليه بإقراره شاهدان ، وهذا التفصيل للامام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما ، وعبر عنه المازري بالمعروف ، وقال ابن الماجشون وسحنون يحكم عليه ولا يعلم هذا إلا من ابتلى بالقضاء .

الحط المشهور أنه إذا أقر في مجلسه فلا يحكم عليه بما أقر به عنده في مجلسه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان ومقابله له الحكم عليه بلا شهادة ، وكلام المصنف هنا بعد الوقوع والنزول بأن أقر عنده وحكم بلا إشهاد عليه فأنكر إقراره بعد حكمه عليه ، والمعنى أن الحاكم إذا حكم على شخص مستنداً لإقراره في مجلسه من غير إشهاد على إقراره ثم أنكر المحكوم عليه إقراره ، فإن حكمه بذلك لا ينتقض ، فإذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى إقراره عندي ، وقال المحكوم عليه لم أقر عنده فلا يفيده ذلك ، والقول قول الحاكم ، هكذا فرض المسألة في ضيح وغيره. وفي النوادر فإن جهل وأنفذ عليه حكمه بما أقر عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فلينقض هو ذلك ما لم يعزل ، فأما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الإقرار خاصة في مجلس القضاء . وأما ما كان قبل أن يستقضي أو رآه وهو قاض أو سمعه من طلاق أو زنا أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شيئاً ، فإن نفذ منه شيئاً فلا ينفذه أحد غيره من الحكام ولينقضه ،

طفي قوله كلام المصنف بعد الوقوع والنزول فيه نظر ، لأن الخلاف في الحكم بالإقرار

في مجلسه إذا أنكر قبل الحكم ، أما إذا استمر على إقراره فاتفقوا على أنه يحكم عليه ، فإن أنكر بعد حكمه فهي مسألة المصنف . اللخمي اختلف إذا اقر بعد ان جلس للخصومة ثم أنكر فقال ابن القاسم لا يحكم عليه . وقال عبد الملك وسحنون يحكم ورأيا انهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ، ولذلك قصد وإن لم ينكر حتى حكم ثم انكر بعد الحكم . وقال ما اقررت بشيء فلا ينظر لإنكاره وهذا هو المشهور من المذهب . ابن رشد ما أقر به احد الخصمين في مجلس قضائه ثم جحده فالإختلاف فيه موجود في المذهب . محمد لا اختلاف فيه بين اصحاب مالك ابن الماجشون الذي عليه قضاتنا بالمدينة وعلماؤنا ، ولم اعلم مالكاً قال غيره أنه يقضى بما أقر به عنده وقاله مطرف واصبغ وسحنون .

ومشهور المذهب أنه لا يقضى عليه إذا جحده، وهكذا ذكر ابن شاس وابن الحاجب الخلاف ، وفيها لو أقر احد الخصمين عنده بشيء وليس عنده احد ثم جحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى علية ، فمفهومها لو لم يجحد يقضى عليه وهو كذلك ، وقد استدل الحط بقول التوضيح المشهور أن الخصم إذا اقر فلا يحكم علية حتى يشهد عنده شاهدان باقراره ومقابله له ذلك ، ولا دليل له فيه لحمله على إنكاره بعد إقراره ، لأنه محل الخلاف كما علمت ، ويدل على ذلك عزوه مقابل المشهور لمطرف وابن الماجشون وسحنون واصبغ ، وقد علمت من كلام اللخمي وابن رشد وغيرهما أن خلافهم إذا انكر إقراره قبل الحكم اه ، وأقره البناني بعد نقله والله أعلم .

(وإن شهدا) اي العدلان على القاضي (بحكم) صدر منه وقد (نسيه) اي القاضي الحكم أمضاه عند الإمام مالك « رض » . ابن الحاجب وهو الأصح (أو) شهدا عليه بحكم (انكره) اي القاضي الحكم (امضاه) اي القاضي الحكم رواه ابن وهب عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما في التلقين إن نسي الحاكم حكماً حكم به ، فإن شهد عنده عدلان به انفذ شهادتهما . المازري هذا مذهب الإمام مالك « رض » خلافاً للامام

الشافعي « رض » . اللخمي لو انكر الحاكم والمحكوم عليه الحكم ، وقال ما حكمت بهذا فشهدت بينة بحكمه به وجب عليه تنفيذه . ابن عرفة حكاه الشيخ عن ابن القاسم وابن وهب .

(و) إن ترافع خصمان لقاض ثم انتقلا لقاض آخر قبل الحكم الأول بينهما (انهى) بفتح الهمز وسكون النون وفتح الهاء ، اي اوصل القاضي الأول (ل) قاض (غيره) ما حصل عنده (بمشافهة) أي بلا واسطة بينهما (إن كان كل) منهما (بولايته) اي المحل المولى للقضاء فيه ابن شاس الركن الثالث يعني في القضاء على الغائب في إنهاء الحاكم إلى القاضي الآخر ، وذلك بالإشهاد والكتاب والمشافهة . أما المشافهة فلو شافه القاضي قاضياً آخر فلا يكفي، لأن احدهما في غير محل ولايته فلا ينفع سماعه او إسماعه إذا كانا قاضيين لبلدة واحدة وتناديا من طرفي ولايتهما فذلك أقوى من الشهادة فيعتمد .

« غ » كذا لابن الحاجب تابعاً لابن شاس التابع لوجيز الغزالي ، وقبله ابن عبد السلام وابن هرون . وقال ابن عرفة لم اعرف من جزم به من اهل المذهب ، وإنما قال المازري لا شك إن ذكر القاضي ثبوت شهادة عنده على غائب ليس بقضية محضة ولا نقل محض ، بل هو مشوب بالأمرين فينظر اولاهما به ومما يتفرع على هذا أن قاضيين لو قضيا بمدينة على أن كل منهما ينفذ ما ثبت عنده فأخبر احدهما الآخر انه ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد وقضى بثبوتها ، فإن قلنا إنه كنقل شهادة فلا يكتفي هذا القاضي المخاطب بأنهم شهدوا عند الآخر ، لأن المنقول عنهم حضور ، وإن قلنا أنه كقضية القاضي فالقاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول ، وهذا قد يقال فيه أيضاً إذا جعلنا قول القاضي وحده ، وإن كان كالنقل يكتفى به لحرمة القاضي ، فلذا يصح نقله وإن كان من نقل عنه حاضراً فهذا مما ينظر فيه . وذكر ابن عرفة بعده إلزاماً وانفصالاً فانظره اهـ ونصه فإن قلت مقتضى قول المازري وإن قلنا أنه كقضية فالقاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول صحة ما نقله ابن شاس عن المذهب . قلت لا دلالة فيه على صحة ذلك ، لأنه إنما ذكره على

تقدير تولية قاضيين بموضع واحد ؟ وقد تقرر أن ملزومية الشيء للشيء لا تدل على صحة الملزوم ، وقد تقدم في شرط وحدة القاضي ما يـــدل على أن مقتضى المذهب شرط وحدته فتذكره .

(أو) أنهى لغيره (بشاهدين) على حكمه (مطلقاً) عن تقييدهما بما لا يتوقف ثبوته على أربعة كالزنا . في نوازل سحنون لا يثبت كتاب قاض لقاض في الزنا إلا بأربعة شهداء على أنه كتابه . ابن رشد على قول ابن القاسم يجوز أن يشهد اثنـــان وهو قول ابن الماجشون ، يجوز في كتاب القاضي في الزنا شاهدان وهو القياس والنظر . وأما الشاهد واليمين فلا يثبت بهما كتاب قاض اتفاقاً ، فسواء كان مما يثبت أصله بأربعـــة كالزنا ، أو باثنين كالنكاح ، أو بواحد وامرأتين كالرضاع ، أو بواحد ويمين، او بامرأتين ، اوبواحد ولفيف ، او بواحد فقط ، او بامرأة فقط قاله تت .

طفي قوله او بواحد ولفيف هكذا في النسخ التي وقفت عليها من صغيره و كبيره ، ولعل الواو بمعنى او ، اذ ليس محل يشترط فيه الشاهد مع اللفيف . الحط قوله مطلقاً يقتضي أنه لا يثبت حكم الحاكم الا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالاً وهو مخالف لما يأتي له في الشهادة ، فينبغي أن يقيد بذلك، وقد نقل أبو الحسن عن ابن رشد أن حكم الحاكم يثبت بالشاهد واليمين في المال على المشهور اه وتبعه عج ، وأطال بما يمجه السمع وينفر عنه الطبع ، وهذه غفلة خرجا بها عن أقوال المالكيـــة لمعارضتهما بين محلين مختلفين ، وجعل أحدهما تقييداً للآخر وبينهما بون كما بين الضب والنون .

ابن رشد لا يثبت كتاب قاض بالشاهد واليمين اتفاقاً ، ونقله ابن عرفة وأقره ، ثم قال ابن عرفة لما تكلم على الإنهاءوثبوت حكم الحاكم بشاهد ويمين يأتي في فصله إن شاء الله تعالى ، فدل على تخالفهما وهو ظاهر ، لأن الشهادة على كتـــاب القاضي مجرد اشهاد القاضي أنه حكمه أو كتابه فيشهدان على اخباره والشهادة على حكمه التي يجوز فيها الشاهد واليمين يحضر حكمه ويشهده ، فحينئذ تجوز شهادته ، وقد قال ابن رشد قول

القاضي وهو على قضائه حكمت لفلان بكذا لا يصدق فيه ان كان بمعنى الشهادة مثـــل قول أحد المتخاصمين عند قاض حكم لي قاض بكذا ، أو ثبت لي عنده كذا ، فيسأله البينة على ذلك فيأتيه بكتاب من عنده اني حكمت لفلان على فلان بكذا . أو ثبت له عندي كذا ، فهذا لا يجوز ، لأنه على هذا الوجه شاهد ، ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي فقال له خاطب لي كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي عليه لجاز لأنه مخبر لا شاهد اهـ ، فإذا كان قول القاضي على وجه الشهادة لا يجـــوز ، فكيف تجوز شهادة الناقل عنه والله أعلم .

البناني رأيت لابن يونس مانصه اختلف في شاهد ويمين على كتاب القاضي في الأموال فلم يجزه في كتاب محمد ، وأجازه في غيره. وقال سحنون يجوز على كتاب القاضي رجل وامرأتان فيما تجوز فيه شهادة النساء اهـ ، وبه اعترض ابن ناجي الإتفاق الذي حكاه ابن رشد وقبله ابن عرفة . الباجي روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يثبت كتاب قاض الى قاض بشاهد ويمين وان كان في مـــال . وقال مطرف يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء اهـ .

ولما قال ابن الحاجب وأما الشاهد بالقضاء بالمال فالمشهور لا تمضي الخ ، قال ابن عبد السلام هذا كلام فيه نظر ، والذي حكاه الباجي وغيره ان القولين في قبول كتـــاب القاضي بشاهد ويمين لأنه حق ليس بما يؤول الى مال، ودعوى أحد الخصمين على الآخر ان القاضي حكم عليه بمال هي من دعوى بمال حقيقة ، فلا ينبغي أن يختلف فيها اهـ ، لكن نازعه ابن عرفة في قوله لا ينبغي أن يختلف فيها بشهرة ذكر الخلاف فيها في كلام الأشياخ وبهذا تعلم أن المسألتين سواء في الخلاف ، ويؤيد هذا أن عزو القولين المتقدم في كـــلام الباجي في كتاب القاضي هو بعينه المذكور عند «ق» في حكم القاضي عند قول المصنف أو بأنه حكم له به ، وتعلم أن مـــا في الحط وعج صواب ، وأن اعتراض طفي عليهما قصور وتهويل بما ليس عليه تعويل ، والله أعلم .

وَٱعْتَمَــدَ عَلَيْهِمَا ، وإنْ خَالَفَا كِتَابَهُ . وَنُدِبَ خَتْمُهُ ، وَلَمْ يُفِدْ وَحْدَهُ ،

(واعتمد) القاضي المنهي اليه (عليهما) أي الشاهدين ان لم يخالفا بشهادتهما كتابه ، بل (وان خالفا) أي الشاهدان بها (كتابه) أي القاضي المنهي وطابقا الدعوى (وندب) بضم فكسر (ختمه) أي الكتاب . الباجي اختلف قول مالك فيمن دفــع الى شهود كتاباً مطوياً ، وقال اشهدوا علي بما فيه أو كتب الحاكم كتاباً الى حاكم وختمه واشهد الشهود به ولم يقرأه عليهم ، فقال الشهادة جائزة ، وقال أيضا لا يشهدوا به الا أن يقرؤه عند تحمل الشهادة . ابن شاس سحنون لو أشهد على كتابه وخالله رجلاً وامرأتين جاز فيما تجوز فيه شهادة النساء ، ويستحب أن يكتب ذلك في كتاب مختوم والاعتماد على الشهادة، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب جاز اذا طابق الدعوى ، ثم للشاهد على الحكم أن يشهد عند المكتوب اليه وعند غيره . وان لم يكتب القاضي في كتابه الى من يصل اليــه من القضاة (ولم يفد) بضم فكسر كتابة (وحده) أي مجرداً عن الإشهاد ولو مختوماً ابن شاس الكتاب المجرد من الشهادة على القاضي لا أثر له .

« غ » ابن عرفة لما كانت النصوص والروايات واضحة بلغو ثبوت كتــاب القاضي بمجرد الشهادة على خطه . قال ابن المناصف اتفق أهل عصرنا في البلاد التي انتهى الينـــا أمرها على قبول كتب القضاة في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القــاضي دون اشهاده على ذلك ولا خاتم معروف ، ولا يستطيع أحد فيما أظن صرفهم عنه مع أني لم أعلم خلافاً في مذهب الإمام مالك « رض » ، أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه ، بل قالوا في القاضي يجد في ديوانه حكماً بخطـــه وهو لا يذكر أنه حكم به لا يجوز له انفاذه الا أن يشهد عنده بذلك عدلان ، وكذا ان وجده من ولي بعده وثبت أنه خط الأول فإنه لا يعمل بـــه ، ولا يتخرج القول بعمله بما تيقنه من خطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد يتيقن خطه بالشهادة بالحق ولا يذكر موطنهـــا لعذر الشاهد ، اذ ما علمه هو مقدور كسبه ، والقاضي كان قادراً على اشهاده على حكمه ثم

وجه عمل الناس بأن الظن الحاصل بأنه كتاب القاضي الباعث به حصوله بالشهادة على خطه منضماً للمشهور ، وهو القول بجواز الشهادة على خط الغير حسبما تقرر في المذهب يوجب كون هذا الظن كالظن الناشيء عن ثبوته ببينة على أنه كتابه لضرورة دفع مشقة مجيء البينة مع الكتاب مع انتشار الخطة وبعد المسافة .

ابن عرفة فإن قيل تندفع المشقة بإشهاد القاضي على كتابه ببينة توقع خطها في كتاب القاضي ويشهد على خطها في بلد المكتوب اليه كما يفعله كثير من أهل الزمان . قلت ثبوته بالشهادة على خط القاضي أقوى من ثبوته بالشهادة على الخط مع شهادة البينة على القاضي وما توقف على أمر واحد أقوى مما يتوقف عليه مع غيره ، لتطرق احتمال في ذلك الغير لاحتمال فسق البينة أو رقها في نفس الأمر قال وإذا ثبت وجه العمل بذلك،فإن ثبت خط القاضي ببينة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل بـــه ، وإن لم تقم بينة بذلك والقاضي المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب اليه فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه ، وقبول سحنون كتب أمنائه بـلا بينة يدل على ذلك ، وليس ذلك من قضاء القاضي بعلمـه الذي لا يجوز له ، لأن ورود الكتاب من القاضي عليـــه بذلك كقيام بينة عنـده بذلك ، فقبوله الكتاب بمـا عرف من عدالتهما ويحتمل أن يقال لا بد من الشهادة عنده على خطه .

(تنبيهـــات)

الأول : هذا كله إن وصل كتاب القاضي قبل موته وعزله وإلا فلا يعمل به قاله ابن المناصف ، وقبله ابن عرفة . قال الشيخ ابن رحال الذي أدركنا عليـــه أشياخنا أن الإنهاء يصح مطلقاً مات الكاتب قبل الوصول أو عزله أو مات المكتوب اليـه أو عزل وتولى غيره .

الثاني : قال ابن المناصف شأن قضاة وقتنا رسم الخطاب أسفل وثيقة ذكر الحق، وقد يكون في ظهر الصحيفة أو أحـد عرضيها إن ضاق أسفلها ، وربما كان في وثيقة ملصقة بالوثيقة إن تعذر وضعه بها .

وَأَدَّيَا ، وَإِنْ عِنْدَ غَيْرِهِ ، وَأَفَادَ ، إِنْ أَشْهَدَهُمَا أَنَّ مَا فِيهِ حُكْمُهُ أَوْ خَطُّهُ .

الثالث : ابن عرفة إن لم يكتب القاضي تحت العقد خطاباً يصرح فيه بالإعلام بصحة ذلك الحق عنده ، واقتصر على كتابة صح الرسم عندي أو ثبت أو استقل فذلك لغو غير جائز قبوله بمجرد الخط ، وظاهر كلام ابن المناصف إن ثبت واكتفى وصح واستقل كالألفاظ المترادفة . وذكر «غ» عن أبي عبد الله بن راشد أنه قال استقل يختص بالمدول واكتفى بإثبات الأملاك وثبت بما عداها . وعن العقباني استقل بالمبرزين وثبت لمن يقاربهم واكتفى لمن دون ذلك .

الرابع : «غ» مما تساهل فيه أهل فاس وعملها ولم يعلم له أصل شهادة عدو لهم من تسجيل قاضيهم ، فإذا أوقع القاضي خطه كتب الشاهد شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه فهذه شهادة على خطه وكيف الشهادة على خطه ، وقد لا يكون بين مقعده ود كان من شهد عليه إلا قدر غلوة أو أقل .

(و) إن أشهدهما القاضي على كتابه (أديا) بفتحات مثقلا ، أي الشاهدان ما أشهدهما به عند من أرسلا اليه ، بل (وإن عند غيره) لعزله أو موته وتولية غيره فيها مع سماع ابن القاسم إن مات القاضي المكتوب اليه كتاب من قاض آخر ، فعلى من ولي بعده إنفاذ الكتاب . ابن رشد اتفاقاً إذا ثبت الكتب عنده بشاهدين انه كتابه قاله ابن القاسم .

(وأفاد) كتاب القاضي الذي أرسله لقاض آخر فيعمل بما فيه وينفذه (إن أشهدهما) أي القاضي المرسل الشاهدين على (أنه) أي الكتاب (حكمه) أي القاضي (أو) أشهدهما أنه (خطه) أي القاضي وإن لم يقرأه عليهما حال إشهادهما ولم يقرأه قاله . ابن شاس لو قال القاضي أشهدكما على أن ما في الكتاب خطي كفى ذلك على إحدى الروايتين ، وكذلك لو قال لهما ما فيه حكمي .

وشبه في صحة الاشهاد على أن ما في الكتاب منسوب للمشهد من غير علم الشاهدين بما

كَالْإِقْرَارِ وَمَيَّزَ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنَ اسْمٍ وَحِرْفَةٍ وَغَيْرِهِمَا يُنَفِّذُهُ الثَّانِي ، وَبَنَى كَأَنْ نُقِلَ لِخِطَّةٍ أُخْرَى

فيه فقال (ك) الإشهاد على (الإقرار) من كاتب وثيقة أو ممليها بما فيها . ابن شاس لو قال المقر أشهدك على ما في القبالة وأنا عالم به كفى ، فاذا حفظ الشاهد القبالة وما فيها وشهد على إقراره جاز أيضاً على إحدى الروايتين لصحة الإقرار بالمجهول . ابن الحاجب لو قال أشهدكما علي أن ما في الكتاب خطي أو حكمي فروايتان ، ومثله إقراره بمثله . ضيح ابن عبد السلام الصحيح عندي منهما إعمال ما في الكتاب لأنهما أديا عنه ما أشهدهما به ولا معارض لهما ، ووجه المازري الرواية الاخرى بأنهم إذا لم يعلموا ما تضمنه الكتاب فالشهادة بمضمونه شهادة بما لم يعلموا وضعفه بأن ما تضمنه على الجملة قد أقر به لمن أمره بالشاهدة والعلم تارة يقع جملة وتارة يقع تفصيلا .

(وميز) بفتحات مثقلاً القاضي (فيه) أي الكتاب الذي أراد إرساله لقاض آخر (ما يتميز به) المحكوم عليه وبين ما يتميز به فقال (من اسم) للمحكوم عليه وأبيه وجده (وحرفة) بكسر الحاء المهملة ، أي صنعة (وغيرهما) كصفات وبلد ومسكن ولقب وكنية ابن شاس وليذكر في الكتاب اسم المحكوم عليه وأبيه وجده وحليته ومسكنه وصناعته أو تجارته أو شهرة إن كانت له بحيث يتميز بذلك (فينفذه) أي ما في كتاب الاول القاضي (الثاني) المرسل اليه الكتاب إذا كان الاول استوفى جميع الحجج ، وإن لم يستوف الاول جميع الحجج بأن سمع البينة (و) أنهى للثاني (بنى) الثاني على ما حصل عند الاول ، وتمم الحكم . ابن الحاجب لو اقتصر الاول على سماع البينة وأشهد بذلك وجب على المنهي اليه الاتمام. ابن عرفة هكذا نقل ابن رشد في سماع ابن القاسم .

وشبه في البناء فقال (كأن نقل) بضم فكسر القاضي وهو ينظر في قضية قبل تمامها من خطة ، أي نوع من الحكم كحكم السوق (لخطة) بضم المعجمة وشد الطاء المهملة ، أي مرتبة (أخرى) من مراتب الحكم كالقضاء فانه يبنى على ما تقدم له ابن سهل سألت

وَإنْ حَداًّ ، إنْ كَانَ أَهلاً أَوْ قَاضِيَ مِصْرٍ ، وَإِلّا فَلاَ ؛
كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ ،

ابن عتاب عن الحاكم يرفع إلى خطة القضاء فهل يستأنف ما كان بين يديه من الاحكام أو يكملها ويصل نظره فيها ، فقال بل يبنى على ما قد مضى بين يديه من الحكومة وبذلك أفتيت . ابن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق إلى أحكام القضاء وينفذ الثاني ما حكم به الاول إن لم يكن حداً ، بل (وإن) كان (حداً) أو قصاصاً أو عفواً . البناني لو قال ولو زنا لكان أبين لقول سحنون لا يثبت كتاب قاضي الزنا إلا بأربعة شهود قاله ابن مرزوق (ان كان) الاول (أهلا) للقضاء بأن اجتمعت فيه شروطه (أو) لم يعرف بها وكان (قاضي مصر) بالتنوين ، أي بلد كبير كمكة والمدينة على ساكنها صلوات الله وسلامه ، فإن الشأن لا يولى لقضائها الا من اجتمعت فيه شروط القضاء (وإلا) أي وإن لم يكن أهلا ولا قاضي مصر (فلا) ينفذ الثاني حكمه .

ابن شاس اذا ورد كتاب قاض على قاض ، فإن عرفه بأنه اهل للقضاء قبله ، قال في المجموعة وان عرفه بأنه ليس بأهل لذلك فلا يقبله . قال أصبغ وإن جاءه بكتاب قاض لم يعرفه بعدالة ولا سخطة ، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة مثل المدينة ومكة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس فلينفذه ، وإن لم يعرفه وليحمل مثل هؤلاء على الصحة ، وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يسأل عنه العدول وعن حاله . ابن عرفة شرط قبول خطاب القاضي صحة ولايته ممن تصح توليته بوجه احترازا من مخاطبة قضاة أهل الدجن كقاضي مسلمي بلنسية وطرطوشة وقوصرة عندنا ونحو ذلك ، ولم يجعلوا قبول العدل الولاية من المتغلب جرحة لخوف تعطيل الأحكام .

وشبه في عدم التنفيذ فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (شاركه) أي المحكوم عليه في اسمه واسم أبيه وجده وبقية صفاته (غيره) أي المحكوم عليه فلا ينفذ القاضي الثاني حكم الأول إن كان المشارك حياً ، بل

وإنْ مَيّتاً ،وإنْ لَمْ يُمَيِّزْ : فَفِي إِعدَائِهِ أوْ لَا حَتَّى يُثْبِتَ أَحدِيَّتَهُ :
قَوْلَانِ ، والْقَرِيبُ : كَالْحَاضِرِ ،

(وإن) كان (ميتاً) حتى تشهد البينة على عين المحكوم عليه إن كان في البلد رجل يلائمه في ذلك كله فلا يحكم عليه حتى يأتي ببينة تعرف أنه المحكوم عليه بعينه ولو كان أحد المتلائمين قد مات فلا ينفذ على الحي منهما ما في الكتاب حتى تشهد البينة أنه الذي حكم عليه بعينه إلا أن يطول زمن الميت ويعلم أنه ليس هو المراد بالشهادة لبعده فينفذ في الحي .

(فإن لم يميز) القاضي في الكتاب المحكوم عليه بما تقدم (ففي اعدائه) أي تسليط القاضي المكتوب اليه الطالب على صاحب الاسم المكتوب في الكتاب الا أن يثبت صاحب الاسم أن بالبلد من شاركه فيه (أولا) يعديه عليه (حتى يثبت) بضم التحتية وسكون المثلثة وكسر الموحدة الطالب (أحديته) أي كون صاحب الاسم واحداً بالبلد لامشارك له في اسمه (قولان) لم يطلع المصنف على أرجحية أحدهما . المصنف والشهادة في هذا على نفي العلم .

ابن رشد ان وجد بالبلد رجل واحد بتلك الصفة كشف القاضي عنه ، فإن لم يذكر بالبلد غيره بتلك الصفة أعداه عليه وإن ترك القاضي ما أمر به من الكشف عن ذلك فقيل لا يؤخذ بالحق حتى يثبت الطالب أنه ليس بالبلد من هو بتلك الصفة سواه وهو دليل سماع زونان . ابن وهب وقيل يؤخذ به الا أن يثبت هو أن بالبلد من هو بتلك الصفة سواه وهو ظاهر قول أشهب ورواية عيسى عن ابن القاسم في المدنية .

ولما أفاد أن القاضي يحكم على الغائب وكانت الغيبة ثلاثة أقسام قريبة وبعيدة ومتوسطة ذكرها على هذا الترتيب فقال (و) الغائب (القريب) الغيبة كثلاثة أيام مع أمن الطريق (كالحاضر) في سماع الدعوى عليه والبينة . ابن الماجشون العمل عندنا ان تسمع الدعوى والبينة حضر الخصم او لم يحضر ثم يعلم بها ، فان كان له مدفع وإلا قضى

وَٱلْبَعِيدُ : كَإِفْرِيقِيَّةَ ، يُقْضَى عَلَيْهِ بِيَمِينِ ٱلْقَضَاءِ ،

عليه في كل شيء بعد الارسال اليه وإعلامه بمن قام عليه ودعواه وما ثبت عليه وتسمية الشهود والمقبول منهم وتسمية المعدلين ولم يرها سحنون الا بحضرته الا أن يكون غائباً غيبة بعيدة . ابن عرفة القضاء على الغائب سمع ابن القاسم فيها مالكاً «رض» يقول أما الدين فإنه يقضى عليه فيه ، وأما كل شيء فيه حجج فلا يقضى عليه فيه . سحنون والدين تكون فيه الحجج . ابن رشد ان قربت غيبته كثلاثة أيام كتب وأعذر اليه في كل حق اما أن يوكل او يقدم ، فان لم يفعل فيحكم عليه في الدين ويبيع عليه فيه ماله من أصل وغيره ، وفي استحقاق العروض والحيوان والاصول وكل الاشياء من طلاق وعتق وغيره ولم ترج له حجة في شيء .

(و) الغائب (البعيد جداً كإفريقية) بكسر الهمز وسكون الفاء وتخفيف الياء الثانية وتشديدها ، أي مدينة القيروان بالمغرب الأوسط على أربعة أشهر من المدينة المنورة على ساكنها صلوات الله وسلامه بلد الإمام مالك «رض» وثلاثة من مصر بلد ابن القاسم « رح » (يقضى) بضم التحتية وفتح الضاد المعجمة (عليه) أي بعيد الغيبة جداً في كل شيء من ربع وأصل وعرض وحيوان ودين . وفهم من قوله يقضى عليه أنه لا يقيم عنه وكيلا ينوب عنه في حجته وهو كذلك كما لا يقيمه عن طفل ، لأن ذلك أنفع لهما لبقاء حجتهما وإقامة الوكيل تقطعها ويقضى عليه (بيمين القضاء) من الطالب أنه ما أبرأه ولا استوفى منه ولا اعتاض ولا أحال ولا احتال ولا وكل على الاقتضاء منه كله ولا بعضه وتسمى يمين الاستبراء ايضاً وظاهر كلام المصنف أنها واجبة شرطاً ، وقيل استظهار وتتوجه على كل مدع على ميت أو غائب أو يتيم أو حبس أو المساكين أو على وجه من وجوه البر أو على بيت المال وعلى مستحق الحيوان ولا يتم الحكم إلا بها .

ابن رشد وإن بعدت غيبته وانقطعت كالعدوة من الأندلس ومكة من إفريقية حكم عليه في كل شيء من حيوان وعروض ودين والرباع والأصول ورجيت حجته في ذلك ، وهذا مع أمن الطريق ، وكونها مسلوكة ، وإن لم تكن كذلك حكم عليه وإن قربت

وَسمَّى الشُّهُودَ ، وإلَّا نُقِضَ ، والعَشَرَةُ أوِ اليَوْمَانِ مَعَ الْخوْفِ يُقْضَى عَلَيْهِ مَعَها فِي غَيْرِ اسْتِحْقاقِ العَقارِ ، وَحَكَمَ بِما يَتَمَيَّزُ غائِباً بِالصِّفَةِ : كَدَيْنٍ

غيبته . ابن شاس القضاء على الغائب نافــذ ، ويحلف القاضي المدعي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض والإحالة والاحتيال والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحق.

(وسمى) القاضي (الشهود) أي كتب اسماءهم في سجله ، وإذا قـدم الغائب أخبره باسمائهم وأعذر له فيهم ، فإن سلم شهادتهم مضى الحكم ، وإن ادعى مسقطا لشهادتهم كلفه بإثباته (وإلا) أي وإن لم يسم الشهود الذين حكم بشهادتهم على الغائب (نقض) بضم فكسر حكمه . ابن رشد الحكم على الغائب لا بد من تسمية الشهود فيه ليتمكن من الطعن فيهم ، وهـذا مشهور المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك«رض» إن لم يسم فيه البينة فسخت القضية قاله أصبغ وهو صحيح ، على أن الحجـة ترجى له والحكم على الحاضر لا يفتقر فيه إلى تسمية البينة فيه ، إذ قد أعذر فيها للمحكوم عليه أصبغ وتسميتهم أحسن وبها مضى العمل.

(و) الأيام (العشرة) مع أمن الطريق (أو اليومان مع الخوف) في الطريق (يقضى) بضم التحتية وفتح الضاد المعجمة (عليه) أي الغائب (معها) أي العشرة مـع الأمن واليومين مع الخوف (في) كل شيء (غير استحقاق العقار) ومفهومه انه لا يقضى عليه في استحقاق العقار إن كان غائباً على عشرة مع الأمن ، أو يومين مع الخوف وهو كذلك ، ففيها عن ابن القاسم سمعت من يذكر عن مالك «رض» لا يقضى على الغائب في الدور وهو رأيي إلا في الغيبة البعيدة كالأندلس وطنجة وما بعد فليقض عليه وما علمت في هـذا خلافاً ا هـ. ابن رشد هذا التحديد للقرب والبعد إنما هو مع أمن الطريق وسلوكه وإلا حكم عليه وإن قربت غيبته تت وعب والخرشي ضمير معها ليمين القضاء ويلزمه خلو جملة الخبر من رابطها بالمبتدأ .

(وحكم) القاضي (بما) أي بشيء أو الشيء الذي (يتميز) عن غـيره حال كونه

(غائباً) عن بلد القضاء وصلة يتميز (بالصفة) كرقيق وحيوان وكتاب وثوب، ومفهومه أن ما لا يتميز بالصفة كالحرير والحديد لا يحكم به غائباً بالصفة وهو كذلك ، وإنما تشهد البينة بقيمته ويحكم بها المدعية . الخرشي والمعنى أن المحكوم به إذا كان غائباً عن بلد الحكم وهو مما يتميز بالصفة في غيبته كالعقار والعبيد والدواب ونحوهم ، فإنه لا يطلب حضوره مجلس الحكم، بل تميزه البينة بالصفة ويصير حكمه كدين على المشهور وإن كان لا يتميز بالصفة كالحديد والحرير ، فإن البينة تشهد بقيمته ويحكم بها لمدعيه فالغائب عن البلد لا يشترط حضوره مطلقاً ، لأنه إن أمكن وصفه قام وصفه مقام حضوره ، وإن لم يمكن وصفه قامت قيمته مقام وصفه ، ولا فرق في ذلك بين المقوم والمثلي ، وإنما اعتبرت القيمه في المثلي لجهل صفته وإماماً في البلد فلا بد من إحضاره مجلس الحكم ، وسواء كان مما يتميز بالصفة أم لا ونحوه لعب العدوي قوله فلا بد من إحضاره مجلس الحكم ليس بشرط فالمناسب لابد من الشهادة على عينه كما أفاده بعض من حقق (كدين) .

تت اختلف الشارحان في تقريره ، فقال الشارح أن المحكوم به إن كان مما يتميز بالصفة في غيبته كالعبد والدابة ونحوهما فلا يطلب حضوره ، بل تميز البينة بالصفة ويصير حكمه حكم الدين وهو المشهور . وقال البساطي ليس المراد إفادة الحكم ، وإنما المراد كما يحكم بالدين المتميز بالصفة بمعنى لا فرق .

طفي فهم تت أن تقرير الشارح مخالف لتقرير البساطي ، وليس كذلك ، بل هما متفقان على أن الدين يتميز بالصفة ، فمعنى قول الشارح فيصير حكمه حكم الدين، أي في تمييزه بالصفة اذ الدين يتعين تمييزه بالصفة ولا يمكن فيه غيره لكونه في الذمة ، وإنما الخلاف في المعينات كالعبد والدابة هل لا بد من الشهادة على عينها وهو قول ابن كنانة أو يكفي الوصف وهو مذهب المدونة ، وعبارة الشارح لا يطلب حضوره ، بل تميزه البينة بالصفة ويكون حكمه حكم الدين . وقال في شامله ويحكم في غائب يتميز بصفة ديناً أو غيره كفرس وعبد ، فهذا يدل على أن مراده ما قلناه وهو مراد أهل المذهب

بذكر الدين هنا . وفي الجواهر المحكوم به ، وذلك لا يخفى في الدين ، وكذلك العقار الذي يمكن تعريفه بتحديده أما العبد والفرس وما يتميز بعلامة فقال ابن القاسم وسحنون يحكم فيه بذلك إن كان غائباً . وقال ابن كنانة لا يحكم فيه بذلك اهـ ونحوه لابن الحاجب .

قال ابن هرون معناه أن المحكوم به إذا كان غائباً هل يعتمد على الصفة في القضاء به أم لا ، فمن ذلك الدين والأمر فيه واضح، إذ لا يتأتى فيه إلا أن يكون موصوفاً،ومنها العبد والأمة والفرس ونحوها مما يتميز بالصفة ، وهذا قول ابن القاسم وسحنون يحكم فيه بالصفة إن كان غائباً خلافاً لابن كنانة ، والأول مذهب المدونة ، فقد ظهر لك من هذه النقول الاتفاق على أن الدين يتميز بالصفة وهو مراد المصنف بقوله كالدين وفهم تت من قول الشارح يصير حكمه حكم الدين أي في لزومه ، وليس المراد ان الدين يحكم فيه بالصفة ، وهذا فهم ركيك ، إذ لا معنى لقوله حينئذ كالدين ، فإن أراد أنه يصير لازماً له بعد وصفه في ذمته ففيه نظر ، إذ المعينات لا تقوم بالذمة ولا تكون في ضمانه ، إذ بالحكم ينتقل الضمان للمحكوم له،واستدل في كبيره على فهمه بقوله قال ابن عبدالسلام في قول ابن الحاجب ويحكم بالدين وغيره مما يتميز غائباً بالصفة كالعبد والفرس ، قوله غائباً بالصفة راجع إلى غير الدين وحده لا إلى جميع ما تقدم ونحوه قول الشارح ، فذكر كلام الشارح الذي ذكره في صغيره ، ففهم من كلام عبد السلام أن الدين لا يوصف فاداه ذلك إلى ما ذكره من الاختلاف بين تقريري الشارحين ، وقد حرف في نقله كلام ابن عبد السلام ، ونص كلامه لا شك إن قيد الغيبة من قول المصنف مما يتميز غائباًراجع إلى غير الدين وحده لا إلى جميع ما تقدم منه ، ومراد ابن عبد السلام انقيد الغيبة فيغير الدين . اما هو فهو غائب على كل حال لأنه في الذمة ، فاشتراط قيد الغيبة فيه ضائع .

ثم قال ابن هرون فان قلت إذا كان الحكم بالصفة عند ابن القاسم جائزاً ، فلم أجاز للمستحق منه الذهاب بها إلى بلد البائع لتشهد البينة على عينها ، وكان يجب على أصله أن

يقضي له على بائعه برد الثمن إذا شهدت له البينة أن الأمة التي باعها له موافقة للصفة التى في كتاب القاضي قلت يحتمل انه إنما جوز له الذهاب بها لبلد البائع ، لأن قاضيه قد يكون ممن لا يرى الحكم بالصفة ا هـ. ابن عرفة يرد جوابه بأن ظاهر أقوال متقدمي أهل المذهب ومتأخريهم وجوب إجابة المستحق من يده إلى إسعافه بخروجه بالمستحق منه إلى بلد بائعه بشروط مقررة في آخر مسائل الاستحقاق ليس لاحتمال كون المكتوب اليه ممن لا يرى الحكم بالصفة ، لأنهم ذكروا الكتب والحكم بخروجه بين قضاة الاندلس وكورها حسب ما ذكره ابن سهل وابن رشد وغيرهما ، والمعلوم من حال قضاتهم الحكم بالصفة .

والجواب عن توهم السؤال المذكور أن وجوب إسعافه بالخروج به إنما هو لتحصيل موجب رجوعه على بائعه بثمنه ، لأنه لا يجب له الرجوع عليه بمجرد بينة الاستحقاق لأنها لا تتضمن كون المستحق من يده اشترى المستحق ، ولم تعين من بائعه له فوجب حينئذ علي المستحق منه إقامة البينة بأن ما استحق منه ابتاعه من فلان الذي طلبه بثمنه والبينة بابتياعه منه مع حضور المستحق متيسرة غير متعسرة ، لأن الإنسان إذا عاين المبيع عرفه وأمكن أن يشهد بأنه الذي ابتاعه المستحق منه ممن طلب ثمنه منه وإن كان غائباً وافتقر إلى البينة بأنه ابتاعه من الذي طلبه بثمنه تعسر عليه إقامة البينة بذلك لجواز ذهول من حضر معه على شرائه ممن طلبه بثمنه عن صفته الخاصة به لغيبته عنه ، وعدم ضبط صفته حين الشراء وهو لو حضر علم انه المشتري والمنصف يجد علم هذا من نفسه ، فلم يحكم له بخروجه به لبلد بائعه أدى إلى ضرره بذهاب ثمنه وجوابه مع بعده قاصر على السؤال المذكور .

وأما الجواب عن قولها ومن ادعى عبداً بيد رجل وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع ، أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أنه أبق له عبد مثل الذي ادعاه ، وله بينة قاطعة ببلد آخر فسأل وضع قيمته ليذهب به الى بينته ليشهدوا عليه عند قاضي ذلك

البلد ، فله ذلك وهي التي أشار لها المصنف بقوله وان سأل ذو العدل الـخ ، فالظاهر من كلامهم أنـــه من طلب الحجة وإن كانت الشهادة على الغائب بالوصف والحكم بها جائزان والله أعلم .

ابن عرفة وان كان غائباً عنها وليس معيناً بنفسه ، بل بالإضافة وهو الدين فالاعتبار في الاشهاد به مع غيبته بتخصيص المدين بما يعينه تقدم لابن رشد في سماع عبد الملك يكتب للقاضي بما يثبت عنده من صفة الآبق كما يكتب في الدين على الغائب باسمه ونسبه وصفته ، فتقوم الشهادة فيه على الصفة مقام الشهادة على العين ، هذا قول عبد الملك وجميع أصحابه إلا ابن كنانة ، فإنه لم يجز في شيء من ذلك الشهادة على الصفة وأجازها ابن دينار في الدين لا الآبق .

قلت فظاهره أن ابن كنانة لم يجزها في الدين . المازري يقضي بالبينة المتعلقة بصفة المحكوم به إن كان ربعاً ، لأن من صفته تجليته بمحله ومكانه وهو لا ينتقل . وفي الحكم بها في غيره من حيوان وشبهه قولان على الأول ينفذ القاضي المكتوب اليـه ببلد البينة الحكم على المشهود عليه بها ، وعلى الثاني يحكم له بأخذ المدعي فيه بوضعه قيمته ليذهب به لمحل البينة لتشهد على عينه عند القاضي ، فيحكم له به ويسترجع قيمته .

ثم قال ابن عرفة وقال المازري إن كان المحكوم به مما لا يتميز أصلا ذكر البينة قيمته تقول غصبه حريراً قيمته كذا أو طعاماً قيمته كذا . قلت هذا فيما يتعلق بالذمة ، وأما ما لا يتعلق بها فظاهر كلام ابن رشد أن المكيل والموزون لا تصح البينة بـــه بعد غيبته لتعذر معرفته بعد حضوره ، فتمتنع الشهادة به غائباً على الصفة ، وتمام هـــذا المعنى في مسائل الاستحقاق وإن كان غائبـــاً معيناً بنفسه كالعبد والفرس ، فإن كانت البينة بما يستحق لا من يد مدع ملكه ولا مدعياً حرية نفسه سمعت في غيبته بكمال صفته الموجبة تميزه عند مشاهدته اتفاقاً إن لم يكن عبداً آبقاً وإن كانه ففي سماعها ومنعه قولها مـــع جل أصحاب مالك وابن رشد عن ابن دينار مع ابن كنانة وإن كانت بما يستحق من يد مدع ملكه أو مدعياً حرية نفسه ، ففي سماعها به ومنعه قولان ، لاختصار الواضحة

لفضل، عن سحنون قائلا لا أعلم خلافه لأحد من أصحابنا غير ابن كنانـــة ، ولفضل عن ابن دينار معه .

وللشيخ عن ابن القاسم في المجموعة لو ادعى عبداً بيد رجل والعبد غائب فيقيم البينة فيه ، أو كان حيواناً أو متاعاً بعينه أقام فيه بينة قبلت إذا وصفوا ذلك وعرفوه وحلوه ويقضى له به . قال ولو شهدت بينة على غائب بأنه سرق فقدم وغاب الشهود أو حضروا حكم عليه وليس عليه إعادتها إذا استأصل تمام الشهادة .

(وجلب) القاضي (الخصم) المدعى عليه (بخاتم) أي الآلة التي يطبع بها كتابه سواء كان يضعه في يده أم لا ، أي بورقة مطبوعة بـــه . ابن يونس أمر سحنون الناس فكتبوا أسماءهم في بطاق ثم خلطت ثم دعا الأول فالأول فمن دعاه وخصمه حاضر معه أدخلهما وأجلسهما بين يديه على الاعتدال في مجلسهما ، وإن استعدى الذي خرج اسمه على رجل بحاضرة مدينة العدوى أو يقصر . ابن الأغلب وهو على ثلاثـــة أميال من المدينة أعداه على خصمه بطابع يعطيه إياه ، فإذا أتى بصاحبه أمر بأخذ الطابع منه ، وكان لا يعطى كتاب عدوى بجلب خصم إلا عن الأميال اليسيرة .

(أو رسول) من القاضي للخصم المطلوب حضوره. ابن فتوح إن سأل الطالب القاضي برفع مطلوبه بمجلس القاضي أينبغي للقاضي إن كان قريباً أن يأمر غلامه الذي له الإجارة من بيت المال بالسير معه . ابن عبد الحكم القريب من المدينة كمن يأتي ثم يرجع يبيت بمنزله . ابن شاس إن غاب الخصم ولم يكن موضعه يزيـــد على مسافة العدوى أحضره القاضي . ابن عبد الحكم إذا استعدى الرجل على الرجل ، فإن كان في المصر معه أعطاه عدواه بخاتم يختمه له أو رسول يرسله اليه حتى يجلبه اليه وأجرة الرسول على الطالب إلا أن يمتنع المطلوب من الحضور أو الجواب أو إعطاء ما ثبت عليه بإقراره أو بينة ، فتكون الأجرة عليه لظلمه لا يقال الظلم لا يبيح مـــال الظالم ، لأنا نقول الظلم الذي لا يبيح مال الظالم هو الظلم الذي لا يؤدي لضياع مال المظلوم ، وأمـــا الظلم المؤدي

إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى ، لَا أَكْثَرَ : كَسِتِّينَ مِيلاً ، إِلَّا بِشَاهِدٍ ، وَلَا يُزَوِّجُ امْرَأَةً لَيْسَتْ بِوِلَايَتِهِ .

لذلك فيوجب إغرامه كمنع آلة التذكية حتى مات الحيوان فيغرم قيمته ، أفاده تت عن ابن عرفة .

ويجلب الخصم بخاتم أو رسول (إن كان) الخصم (على مسافة العدوى) بفتح العين المهملة وسكون الدال كذلك مقصوراً في الصحاح العدوى طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك كي ينتقم منه يقال استعديت على فلان الأمير فأعداني ، أي استعنت بـه فأعانني عليه ، والإسم منه العدوى وهي المعونة من مجلس الحكم . الحط كلام القرافي يفيد أن مسافة العدوى هي مسافة القصر ، ونحـــوه في تبصرة ابن فرحون . وقال الباجي مثل ثلاثة أميال . وقيل أن يأتي ثم يرجع فيبيت في منزله . ابن الحاجب يجلب الخصم مـع مدعيه بخاتم أو رسول إذا لم يزد على مسافة العدوى ، فإن زاد عليها فـلا يجلبه ما لم يشهد شاهد . ابن سلمون إن كان الخصم في مصر الحاكم أو على أميال يسيرة كتب برفعه أصبغ ، وإلا فليكتب لأهل العدل أجمعوا بين فلان وفلان للتناصف ، فإن أبيا فأنظروا ، فإن رأيتم للمدعي وجه مطلب ولا يريد بالمطلوب تعنيته فارفعوه إلينا وإلا فلا (لا) يجلب إن كان على (أكثر) من مسافة العدوى زيادة كثيرة (كستين ميلا) فـلا يجلب منها (إلا بشاهد) يقيمه المدعي عند القاضي بحقه فيكتب اليه إمـــا أن يرضى خصمه أو يحضر أو يوكل .

المتيطي إذا لم يتفق في بعض الجهات البعيدة تقديم حاكم لكون الإمـــام لم يأذن للقاضي في ذلك أو لعدم من يوليه فلا يرفع من فيه إلى المصر إلا بشبهة قوية كشاهد عدل أو أثر ضرب أو جرح ظهر عنده ، ولعله يشخص الرجل البعيد ولا شيء له عنده .

(ولا يزوج) القاضي (امرأة) غائبة (ليست بولايته) تت اختلف الشارحـان في تقريره ، فقرره الشارح بما معناه أنها بمحلها في غير ولايته كانت من أهل ولايته وخرجت منها أو كانت من غير أهل ولايته ، ومفهومه أنها لو كانت في محل ولايته زوجها كانت من

أهل ولايته أو لا ، لأنه إذا خرج عن محل ولايته صار معزولاً عن الحكم في ذلك ، فكذلك إذا كان المحكوم عليه خارجاً عن ولايته . وقال البساطي لا يزوج امرأة ليست بولايته يعني إذا حضر بولايته امرأة محلها في غير ولايته فلا يزوجها قالوا لأنه يعتبر الأشخاص كما تعتبر البقاع . طفي تقرير الشارح هو الصواب ، وهو نص الجواهر .

(و) إن كان المدعى عليه ببلده له قاض والمدعى به ببلد آخر له قاض آخر ف(هل يدعى) بضم التحتية وفتح الدال والعين مثقلا ، أي تقام الدعوى ويتحاكم (حيث) يكون الشخص (المدعى عليه وبه) أي الادعاء بمحل المدعى عليه (عمل) بضم فكسر ، أي قضى مطرف به جرى الحكم بالمدينة وحكم به ابن بشير بالأندلس (أو) يدعى حيث يكون (المدعي) فيه وهو قول الإمام مالك وعبد الملك رضي الله تعالى عنهما (وأقيم) بضم الهمز وفتح الميم ، أي فهمه فضل (منها) أي المدونة .

(تنبيهات)

الأول ، تت وظاهره سواء كان المدعى به عقاراً أو شيئاً متعلقاً بالذمة وهو كذلك ، اهـ . طفي لم يكن هذا في كبيره وقوله وهو كذلك ليس كذلك ، بل هو خاص بغير المتعلق بالذمة . ابن عرفة والخصومة في معين داراً وغيرها في كونها في بلد المدعى فيه أو بلد المدعى عليه ولو كان بغير بلد المدعى فيه ، ثالثها هذا أو حيث اجتماعها ولو بغير بلد المدعى فيه لاختصار الواضحة عن ابن الماجشون مع فضل عن سحنون وابن كنانة ومطرف وأصبغ قائلا كل من تعلق بخصم في حق فله مخاصمته حيث تعلق به إن كان به أميراً وقاض ، ولو كان الحق بغير موضع اجتماعها . ابن حبيب أقول به فيما يتعلق بالذمة من دين وحق لا في العقار اهـ ، ونقل «ق» عن ابن دينار أن الدعوى بحق في الذمة الخصام فيها حيث تعلق به الطالب . قلت الديون في هذه مخالفة للعقار قال نعم ، وفي التحفة وحيث يلقيه بما في الذمة يطلبه ومقابلتهم العقار بالديون تقتضي أنه لا خصوصية للعقار ، بل المعين غيره كهو ، وهو الذي يؤخذ من عبارة المصنف وابن عرفة وإن كان فرض كلامهم في العقار .

وفي تَمْكِينِ الدَّعوَى لِغَائِبٍ بِلاَ وَكَالَةٍ ؟ تَرَدُّدٌ .

الثاني : تت الظاهر أن العمل مرجح للقول به وهو واضح إن كان العرف عاماً في كل بلد ، وأما إن اختلف العرف بأن جرى به العمل في بلد وجرى في آخر بغيره فغير واضح قرب شيء شهد العرف أنه للرجال دون النساء في بلد وشهد في آخر أنه للنساء دون الرجال ، وربما اختلف العرف في البلد الواحد فلا ينبغي أن يعم . طفي كلامه يقتضي أن العمل بشيء هو جريان العرف به وليس كذلك ، بل مرادهم بقولهم وبه العمل وعمل به أن القول حكمت به الأئمة وجريان العرف بالشي هو عمل العامة به من غير إنشاء حكم من قول أو فعل ، كقول ابن رشد العرف عندنا في ذوات الأقدار أن المرأة تخرج الدار ، فلو اختلفا فيها لوجب أن يكون القول فيها قول المرأة .

ابن عبد السلام وهذا الباب عند المحققين تابع للعرف ، فرب متاع شهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ، ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء ، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين ، وهذا كما ترى ليس مما نحن بصدده من قوله ، وبه العمل . وقول المصنف وبه عمل أشار بهلقول مطرف وبهجرى الحكم في المدينة ، وبه حكم ابن بشير بالاندلس وليس هذا تابعاً للعرف في شيء .

(وفي تمكين) شخص من (الدعوى ل) شخص (غائب) عن البلد احتساباً (بلا وكالة) من الغائب له في شيء تعدى عليه أو غصب أو ضرراً حدثه جاره في داره أو أرضه ، وهذا قول ابن القاسم ، وإليه ذهب سحنون وعدم تمكينه منها ، وهذا قول ابن الماجشون ومطرف ، ثالثها لا يمكن منها إلا الأب والابن ومن له قرابة قريبة ، رابعها يمكن من إقامة البينة لا من الخصومة ، خامسها يمكن القريب والأجنبي من الخصومة في العبد والدابة والثوب دون توكيل ، ولا يمكن منها في غير ذلك إلا الأب والابن حكاه ابن حبيب (تردد) الحط أشار بالتردد إلى الخلاف في الطرق التي ذكرها في التوضيح، وذكرها ابن عرفة وغيره .

(تنبيهات)

الأول : محط هذا الخلاف في الدعوى من لا تعلق له بالشيء المدعي فيه ، وأمـا من له تعلق به كمن سبقت له يد على الشيء المدعى فيه بإذن صاحبه أو بغير اذنه أو من لـه فيه تعلق لاستيفاء حقه منه ، فهل له المطالبة بذلك أم لا ، لم أر في ذلك كلاماً شافياً ، والذي تقتضيه نصوص المذهب الآتي ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك وتجعل المسألة على ثلاثة أوجه ، وهي أن هذا المدعي إن تعلق به ضمان الشيء المدعى فيه ، ودخل في ضمانه وصار مطالباً به فله المخاصمة فيه والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه ، وإن لم يكن في ضمانه فاما أن يريد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئاً له في ذمة مالكه الغائب أم لا ، فإن كان الأول جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضا ، وإلا فلا يمكن من الدعوى ، فمن القسم الأول الغاصب إذا غصبه غاصب آخر والمستعير إذا كان الشيء مما يغاب عليه والمرتهن كذلك والحيل ونحو ذلك . قال في نوازل سحنون من كتاب الغصب ، سئـل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه اليه فأخرج له ما أمره به فدفعه اليه ، ثم عزل ذلـك العامل الغاصب ثم أتى المغصوب منه المتاع فطلب ما غصب فهل له أن يأخـذ بماله من شاء منهما إن شاء الآمر ، وإن شاء المأمور فقال نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما . قيل له فان أخذ ماله من الذي أكره على الدخول فهل يرجع على العامل الذي أكرهه على الدخول ، فقال نعم ، قيل له فان عزل الأمير الغاصب وغاب المغصوب منه المتاع فقام المكره على الدخول في بيت الرجـل على الأمير الغاصب للمتاع ليغرمه إياه وقال أنا المأخوذ بـه إذا جاء صاحبه فهل يعدى عليه فقال نعم .

محمد ابن رشد هذا كما قال ، لأن الاكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق المخلوق كالقتل والغصب لا يصح باجماع ، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق ، ومن الأفعال على اختلاف . وأما قوله يقضى للمكره على الدخول في بيت الرجل على العامـل بالمال ، لأنه هو المأخوذ به ، ففيه نظر ، والذي يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمـه إياه

ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه ا هـ . ونقله ابن عرفة وقال إثره كالمصنف في ضيح . قلت الأظهر تمكينه منه ، لأنه لو هلك في الوقف لضمنه لأنه على حكم الغصب باق ا هـ . وأما قوله أن الاكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح بإجماع فليس كذلك ، بل فيه الخلاف حسبما نقله المصنف وابن عرفة وغيرهما ، وقالوا في الحميل له أخذ الحق بعد محله والطالب غائب إذا قال أخاف أن يفلس المضمون وهو مما يخشى عدمه قبل قدوم الطالب أو كان كثير المطل واللدد، فإن كان الحميل أميناً أقر المال عنده وإلا أودع لبراءة الحميل والغريم قاله في الذخيرة، ونقله أبو الحسن عن عبد الحق وغيره . ومن القسم الثاني المرتهن يثبت ملك الراهن ليبيعه ويستوفي حقه منه وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله ليباع لهم ويستوفون من ثمنه . ابن رشد الذي جرى به العمل أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت الدين عنده والرهن وملك الراهن له . ويحلف مع ذلك أنه ما وهبه دينه ولا قبضه ولا أحال به وأنه لباق عليه إلى حين قيامه ا هـ . وفي التوضيح إن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها فيها ، ولها إقامة البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً ، ثم قال ولا يبيع الحاكم الدار حتى يكلف الزوجة إثبات ملكية الزوج لها وأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم .

الثاني : تت ظاهر كلام الشارح أن التردد في الأقوال الخمسة . طفي ما قاله الشارح هو الأولى لأنهم عدوا هذا الموضع من المواضع التي يشير المصنف بالتردد لكثرة الخلاف .

الثالث : تت ما قررنا به نحوه في الشارح الأوسط . وقال البساطي حمله الشارح على أن الغائب مدعى عليه فهل يشترط في قبول هذه الدعوى وكيل أو يكفي وجود المال ابن عبد السلام لا فائدة لاشتراط حضور الوكيل ، لأن الغائب إن كان له مال كفى وإن لم يكن له مال فوجود الوكيل كعدمه ا هـ . وما ذكره هو معنى ما للشارح في الكبير.

طفي ما ذكره البساطي عن الشارح سبق قلم منه أو من تت ، إذ كلام الشارح في كبيره ليس كما قال ، ولا يصح في نفسه ، إذ ليس الخلاف هل لا بد من وكيل أو يكفي

وجود المال، ونص الشارح في كبيره قوله وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد المنع لابن عبد الحكم فقال إن كان للغائب ببلد الحكم مال أو حميل أو وكيل سمعت الدعوى وإلا نقلت الشهادة اهـ. وهكذا النقل في ابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة وغيرهم أن ابن عبد الحكم شرط في الحكم على الغائب وجود أحد ما ذكر وإلا فليس للقاضي الحكم لأنه يصير حينئذ ليس من أهل ولايته على حمل الشارح يتكرر مع قوله البعيد كإفريقية الخ، وإن قلنا أعاده لينبه على الخلاف فيحتاج لجعل اللام بمعنى على، ومع ذلك تنبو عبارة المصنف عن ذلك، إذ لو أراده لقال وفي تمكين الدعوة على غائب بلا وكيل أو حميل أو مال تردد وليس هو أيضاً محل التردد، ولأن ما قدمه من قوله والبعيد كإفريقية هو نص المدونة، ولا معنى لذكر ما يخالفه، والتنبيه على الخلاف مع ضعفه، إذ لم تجر للمصنف عادة بذلك، وعلى كل حال فتقرير الشارح في كبيره غير صحيح، وفي الوسط والصغير كما قررت، وهو الصواب، وبه تعلم أن تعميم ابن مرزوق كلام المصنف في المدعي له والمدعى عليه غير ظاهر والله الموفق.

والعجب من هؤلاء الأئمة كيف يصدر منهم ما ذكر مع تقدم كلام المصنف في المدعى عليه وهو مذهب المدونة، ومع كون المسألة مشهورة بالخلاف في دواوين المالكيه فيمن قام محتسباً لغائب. ابن عرفة ففي قصر القيام عنه دون توكيل منه على ابنة وأبيه وعمومه فيهما وفي الأجانب ثالثها يمكنون من إقامة البينة لا الخصومة. ورابعها لا يمكن من أحدهما وخامسها يمكن منهما الأب والابن فقط، ويمكن غيرهما والأجنبي في العبد والدابة والثوب لفوتها وتغيرها لا فيما سوى ذلك من دين وغيره، ثم قال وعلى القول بالقيام عنه في كونه في قريب الغيبة وبعيدها وقصره على قربها قولان، والله أعلم.

* * *

﴿ باب ﴾

(باب)
في أحكام الشهادة

وهي لغة البيان والشاهد المبين ، وكذا الشهيد ، وفسر قوله تعالى ﴿ شهد الله أنه لا إله إلا هو ﴾ يبين ويعلم ابن عبد السلام لا تعرف اصطلاحاً لأنها معلومة . ابن عرفة القرافي أقمت نحو ثمان سنين أطلب الفرق بينها وبين الرواية وأسأل الفضلاء عنه وتحقيق ماهية كل منها فيقولون يشترط في الشهادة التعدد والذكورية والحرية ، بخلاف الرواية فأقول لهم هذا فرع تصورها وتميزها عن الرواية وتعريفها بأحكامها التي لا تعرف إلا بعد معرفتها دور ، وإذا وقعت حادثة غير منصوصة من أين لنا أنها شهادة شرطها التعددالخ. أو رواية ليس شرطها ذلك وبنوا الخلاف في قبول خبر الواحد برؤية هلال رمضان على كونه رواية أو شهادة ، وفي قبوله بعددما صلى إمامه على ذلك،وهذايتوقف علىتصورهما ومعرفة الفرق بينهما ، ولم أزل في شدة قلق حتى طالعت شرح البرهان للمازري رحمه الله تعالى فوجدته حقق المسألة وميز الشهادة من الرواية ، فقال هما خبران، غير أن المخبرعنه إن كان عاماً لا يختص بمعين فهي الرواية ، كقوله ﷺ الأعمال بالنية والشفعة فيما لا ينقسم فإنهما عامان لا يختصن بمعين في كل الأعصار والأمصار ، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينار مثلاً ، فإنه لزام لمعين لا يتعداه ، فهذه شهادة .

ثم قال ينتقض هذا الفرق بأن الشهادة قد تتعلق بكلي كشهادة بوقف مؤبد على الفقراء وكون الأرض عنوة أو صلحاً ، وبأن الرواية قد تتعلق بجزئي كإرسال سيدنا محمد ﷺ وهجرته ووفاته وخلافة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، ثم أجاب عن الأول بأن عمومها عارض، ومقصودها الأول إنما هو جزئي ، فالمقصودبالشهادة بالوقف إنما هو الواقف لينزع منه الموقوف .

وأما كون الأرض عنوة أو صلحا فلم أر فيه نصاً لأصحابنا ، ويمكن أنه من باب الخبر والرواية لعدم الاختصاص في المحكوم عليه ، ويمكن كونه من باب الشهادة لتعين المحكوم فيه وهو الأرض .

وأما النقض على الرواية فإن المذكورات وإن تعلقت بجزئيات ابتداء لكن ثمراتها وفوائدها عامة للعالمين أجمعين ، هذا حاصل كلامه وواضح أن قوله أقمت أطلب الفرق وأسأل الفضلاء الخ نص في منافاته قول ابن عبد السلام لا حاجة لتعريف الشهادة والحق قول القرافي أنه محتاج لتعريفها ، وتعقب بعض شيوخنا قول القرافي أقمت مدة كذا أطلب الفرق بينهما الخ بأنه مذكور في أيسر الكتب المتداولة بين مبتدئي الطلبة وهو تنبيه .

ابن بشير قال في كتاب الصيام لما كان القياس عند المتأخرين رد ثبوت الهلال لباب الإخبار إذا رأوا أن الفرق بين باب الخبر وباب الشهادة أن كل ما خص المشهود عليه فبابه باب الشهادة ، وكل ما عم فلزم القائل منه ما لزم المقول له ، فبابه باب الإخبار جعلوا في المذهب قوله بقبول خبر الواحد في الهلال ، ولا تجده إلا في النقل عما ثبت عند الإمام، ثم قال ابن عرفة والصواب أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه أن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه فتخرج الرواية والخبر القسيم للشهادة وإخبار القاضي بما ثبت عنده قاضياً آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به اليه لعدم شرطه بالتعدد أو الحلف ، وتدخل الشهادة قبل الأداء وغير التامة ، لأن الحيثية لا توجب حصول مدلول ما أضيفت اليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة اه ، وقال قول وهو جنس بعيد لإدخال الشهادة قبل الأداء ، إذ هي قول لا خبر لأنها من كلام النفس يطلق عليه القول لغة وعرفاً ، وفيه دور ، لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع تصور كونه شهادة ، وقوله أن عدل قائله أراد به إن ثبتت عدالته عند القاضي ببينة أو بعلمه ولو قال قول عدل لكن أبين أفاده شب . ابن مرزوق تعريفه غير جامع ، إذ لا يشمل الشهادة بالخلطة

لثبوتها[1] بامرأة وبالطلاق والعتق ونحوهما ، فإن شهادة الواحد فيها توجب يمين المشهود عليه .

(العدل) بفتح العين وسكون الدال (حر) بضم الحاء لا قن اتفاقاً ولا ذو شائبة كمكاتب ومدبر ومعتق لأجل . يحيى سألت ابن القاسم عن المعروف بظلم الناس والتعدي عليهم في أموالهم من ذوي السلطنة والولاة يدعي رجل عليه أنه ظلمه في أرض غلبه عليها أو غيرها من الأموال ولا يجد على دعواه عدولاً من البينات ، ويجد شهوداً لا يعرفون بعدالة ولا يوصفون بسخطة أيقبل مثل هؤلاء عليه أو لا يقبل عليه إلا مثل ما يقبل على غيره من عدول الشهداء ، فقال لا تجوز شهادة غير العدول على أحد من الناس كان المشهود عليه ظالماً أو غيره، قال الله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق، فلا ينبغي لغير العدول أن تجوز شهادتهم على أحد من الناس . ابن رشد هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الشاهد المجهول الحال لا تجوز شهادته حتى يعدل لقول الله عز وجل ممن ترضون من الشهداء ، أي من عرفت عدالته غير أن ابن حبيب أجاز شهادة المجهول الحال على التوسم فيما يقع بين المسافرين في السفر للضرورة اليها قياساً على شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ومراعاة للاختلاف ، إذ من أهل العلم من حمل الشاهد على العدالة حتى تعرف جرحته لظاهر قول عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه زور ، وهو قول الحسن ومذهب الليث بن سعد ، وقد اتفقوا في الحدود والقصاص على أن الشهادة فيها لا تجوز إلا بعد معرفة عدالة الشاهد . ومن أصحابنا المتأخرين من أجاز شهادة الشاهد المجهول الحال في يسير المال وهو استحسان على غير قياس ، لقول الله عز وجل ﴿ ممن ترضون من

---

(١) (قوله لثبوتها) أي الخلطة ، أقول قوله إن عدل قائله الخ شرط في إيجاب الحكم بمقتضاه لا في كونه شهادة ، والإيجاب أخص منها لشمولها ما لا يجب الحكم بمقتضاه ، إذ شأن الحقائق الشرعية شمول فاسدها فهو جامع ، والله أعلم .

الشهداء ﴾ ٢٨٢ البقرة . وقول عمر رضي الله تعالى عنه والذي نفسي بيده لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول اه .

وفي الذخيرة نص في النوادر على أنه إذا لم يوجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة ، ويلزم مثله في القضاء وغيره لئلا تضيع المصالح . قال ولا أظن أحداً يخالفه في هذا ، فإن شرط التكليف الإمكان اهـ ، ونحوه لابن راشد في مذهبه وابن عبد الغفور في الإستغناء ، قال إذا كان البلد لا عدول فيه فإنه يكتفى بالأمثل فالأمثل ، ويستكثر بحسب خطر الحقوق . وظاهر كلام النوادر أنه لا يزاد على النصاب .

وقال ابن الفرس في أحكام القرآن إذا كانت قرية لا عدول فيها وبعدوا عن العدول فهل تجوز شهادة بعضهم لبعض في الأموال أم لا ، والذي عليه جمهور المذهب ولم يعلم للمتقدمين منهم خلافه أن شهادتهم لا تجوز وهو ظاهر قول ابن حبيب في واضحته ، ونقله الباجي ، ورأيت قوماً من المتأخرين يحكون عن أشياخهم بأنهم أفتوا بجواز الشهادة ممن ذكرنا ويعملونها للضرورة ، وبما ذكرنا تعلم أن قول المازري في درره روى عن سحنون تجوز الشهادة على السارق ممن لقيه من الناس السيارة على الطريق من المسافرين والنساء والصبيان والرعاء إذا عرفوه وقالوا رأينا فلاناً سرق دابة فلان أو رأينا فلاناً في حوزة كذا أو في مراعي بني فلان ، وتجوز عليه شهادة السيارة سواء كانوا عدولاً أو غير عدول وأكثر ما يكون هذا في البرابر ، وليس قول من قال لا تجوز عليهم إلا شهادة العدول بشيء عندنا . وقد سئل الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عن مثل هذا في لصوص أهل الحجاز وبرابر برقة ، فقال تجوز عليهم شهادة من لقيهم من الناس قيل له إنهم غير عدول ، قال وأين يوجد العدول على السارق واللص ، وإنما يقصد اللص والسارق مواضع الخلوات التي ليس فيها العدول ، وقاله محمد بن سحنون ومثله في أسئلة ابن سحنون كل ذلك خلاف المذهب ولا ثبوت لشيء منه فيه ، فلا يجوز الإعتماد عليه في الفتوى ، إذ لو

كان ثابتاً ما خفي على ابن رشد وابن أبي زيد وغيرهما من حفاظ المذهب ولذكره الأئمة في كتبهم والله أعلم .

(مسلم) لا كافر على مسلم إجماعاً ولا على مثله عندنا خلافاً لأبي حنيفة والشعبي والشافعي رضي الله تعالى عنهم ، وتعقب ابن مرزوق حكاية الإجماع على عدم صحة شهادة الكافر على مسلم بأن من الأئمة من قال بجوازها على وصية مسلم في السفر للضرورة ، عزاه ابن سهل لشريح وابن المسيب وسعيد بن جبير وعبيدة بن سيرين وغيرهم (عاقل) في حالتي التحمل والأداء . ابن عرفة المازري شرط العقل واضح ، لأن المجنون لا يعقل ما يقول ولا يضبطه ومن هو كذلك لا يلتفت إلى قوله .

ابن عبد السلام لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والأداء ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين ، ونص عليه عبد الملك . ابن عرفة هذا مقتضى المذهب ولم أعرفه لعبد الملك ، بل نقل الشيخ عن المجموعة . ابن وهب عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما في كبير يخنق ثم يفيق إن كان يفيق إفاقة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه .

(بالغ) فلا تقبل شهادة الصبي اتفاقاً إلا لصبي على صبي في دم بشروط تأتي إن شاء الله تعالى (بلا فسق) بجارحة ظاهرة لأنه سيذكر فسق الاعتقاد (و) بلا (حجر) عليه في التصرف في المال فلا تقبل شهادة محجور عليه فيه وإن رشد . محمد هذا أحب إلي شب هذا ضعيف ، والمعتمد الذي قاله الإمام مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم أن المولى عليه لسفهه تقبل شهادته ، وتأمله مع قول ابن عرفة . وفي شرط عدم الولاية في المال خلاف سمع أشهب ، أتجوز شهادة المولى عليه وهو عدل ، قال نعم . ابن رشد روى محمد بن عبد الحكم مثله في الموازية وهو قياس المعلوم من قول ابن القاسم من لغو الولاية على اليتيم البالغ في جواز أفعاله وردها ، والآتي على مشهور المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه من أن المولى عليه لا تنفذ أفعاله وإن كان رشيداً في أحواله أن لا تجوز شهادته ، وإن كان مثله لو طلب ماله أخذه وهو نص أشهب في المجموعة .

وفي التوضيح عن ابن عبد السلام أن الثاني هو ظاهر كتاب الشهادات منها ، فقد ظهر أن الخلاف في شهادته مبني على الخلاف في اعتبار حاله أو الولاية عليه ، وتقدم في الحجر أن الذي به العمل قديماً وحديثاً قول ابن القاسم باعتبار حاله ، فانظر هل يجري ذلك هنا. وفي شرح ابن الناظم على التحفة ما يفيد هذا ، فعبارة المصنف على قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن المانع الحجر ، والله أعلم .

(و) بلا (بدعة) أي اعتقاد مخالف لاعتقاد أهل السنة فلا تقبل شهادة مبتدع ، لأنه إما فاسق وإما كافر إن لم يتأول ، بل (وإن تأول) بفتحات مهموزاً مثقلاً (كخارجي) أي منسوب للخوارج وهم قوم خرجوا على علي ومعاوية رضي الله تعالى عنهما وكفروهما ، معاوية لخروجه على علي ، وعلي لرضاه بتحكيم أبي موسى الأشعري ، وعمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم وقاتلهم علي رضي الله تعالى عنه وقتل منهم جماً غفيراً (وقدري) بفتح القاف والدال وشد الياء نسبة للقدر ، أي إيجاد الأشياء بحسب علمها في الأزل لنفيهم إياه وقوله بخلق العبد أفعاله الاختيارية . ابن الحاجب لا يعذر بجهل ولا تأويل ، كالقدري والخارجي .

ابن عبد السلام يحتمل كون القدري مثالاً للجاهل ، لأن أكثر شبههم عقلية ، والخطأ فيها يسمى جهلاً ، والخارجي مثال للمتأول لأن أكثر شبههم سمعية والخطأ فيها يسمى تأويلاً ، ويحتمل أن مراده بالجاهل المقلد من الفريقين وبالمتأول المجتهد منهما ، ولم يعذروا بالتأويل لتأديته إلى كفر أو فسق ، بخلاف تأويل المحاربين .

(تنبيهان)

الأول : الحطاب المصنف رحمه الله تعالى هذه شروطاً في العدل ، وهو خلاف ما قاله أهل المذهب ، فإنهم جعلوها شروطاً في قبول الشهادة ، ومنها العدالة وهو أبين ، فإن العبد يوصف بالعدالة . ابن عرفة لما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم اشترط فيها شروط منها في أدائها الإسلام اتفاقاً ، ثم قال ومنها الحرية والعقل ، ثم قال والبلوغ ، ثم قال

والعدالة ، قال ولما كانت شروطاً في الشهادة والرواية تكلم عليها الفقهاء والأصوليون وابن الحاجب في أصليه وفقهه . طفي إن قلت جمل عياض وابن شاس وابن الحاجب وغيرهم من أهل المذهب هذه الشروط في الشاهد ، وجعلوا منها كونه عدلاً ، ثم فسروا العدالة بالمحافظة الدينية على اجتناب الكبائر والكذب وتوقي الصغائر إلى آخر ما ذكروا ، فخالف المصنف اصطلاح أهل المذهب . ونص ابن الحاجب وشرطها أن يكون حراً مسلماً عاقلاً بالغاً مستعملاً لمروأته . قلت لا مخالفة لأن المصنف أخذ العدل بمعنى عدل الشهادة وهو مراد أهل المذهب ، حيث أطلقوه ولا شك أنه من توفرت فيه هذه الشروط التي ذكروها ، فأل فيه للعهد ، وأخذه غيره بمعنى المحافظ على الأمور المذكورة محافظة دينية ،فشمل هذا المعنى العبد ، فلذا احتاجوا لذكر الحرية مع العدالة وما سلكه المصنف أحسن ، لأنه أمس بالمقام ، فقول « ح » متوركاً على المصنف أن ما ذكروه أبين ، فإن العبد يوصف بالعدالة غير بين .

الثاني : ابن عرفة أطال المازري الكلام في العدالة ، والأولى أنها صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعصية غير قليل الصغائر ، فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو مندرج في قليل الصغائر ، بدليل قولها في آخر شهاداتها مما يجرح به أنه كذاب في غير شيء واحد ، وأطول منه قول ابن الحاجب في الفقهي العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر ، وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة ، ويتعقب بحشو الدينية لاستقلاله دونها وإجمال قوله وتوقي الصغائر لاحتماله جميعها أو أكثرها . ابن عبد السلام الضمير في قوله ليس معها بدعة راجع للعدالة ، وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة ، لكن تعليله اشتراط هذه المعية بقوله فإنها فسق يوجب كونها معتادة فيستغنى بذكر العدالة عنها كما استغنى بذكرها عن سائر أضدادها ، وقد يجاب بأن هذا النوع من أضدادها كثر النزاع فيه ا هـ ، ويجاب بأن قوله الدينية احترز به من المحافظة المذكورة إذا لم يكن القصد بها الدين ، وإنما فعلها لتحصيل منصب دنيوي . وقال ابن

محرز في تبصرته قال أبو بكر الأبهري في صفة من تقبل شهادته هو المجتنب الكبائر المتوقي لأكثر الصغائر إذا كان ذا مروأة وتمييز متيقظاً متوسط الحال بين البغض والمحبة . قلت وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي في الشاهد العدل ا هـ .

الثالث : عب هذه الشروط لا يشترط منها حال الأداء والتحمل إلا العقل، وبقيتها إنما يشترط حال الأداء . البناني هذا التفصيل في غير شهود النكاح والشهود على الخط . وأما في النكاح والخط فلا بد من وجود الشروط كلها وقت الأداء ووقت التحمل قاله المسناوي، وهو ظاهر .

(لم يباشر) أي يفعل العدل معصية (كبيرة) بلا توبة منها بأن لم يفعلها أصلا أو تاب منها ، فان فعلها ولم يتب منها فلا تقبل شهادته ، فلا يشترط في العدل عـــدم مباشرة المعصية مطلقاً لتعذره إلا من ولي أو صديق ، ولكن من كانت طاعته أكثر أحواله وأغلبها واجتنب الكبائر وحافظ على ترك الصغائر فهو عـــدل . تت تكميل مذهب الجمهور انقسام الذنوب إلى كبائر وصغائر ، واختلف في تمييز الكبائر منها فمنهم من ميزها بالعد مستقرياً موارد النصوص ، ومنهم من حصرها بضابط ، ولنذكر طرفاً من كل منهما .

فمن الأول : قيل أربع ، وقيل سبع ، وقيـــل سبع عشرة . ابن عباس رضي الله تعالى عنهما هي إلى السبعين أقرب منها إلى السبـــع ، وروى سعيد بن جبير إلى سبعمائة أقرب .

ومن الثاني : قيل ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة، وقيل ما أوجب حكماً . وقيل ما نص القرآن على تحريمه أو أوجب في جنسه حداً . وقيل كل ذنب ختمه الله تعالى بنار أو غضب أو لعنة أو عذاب ، وقيل ما أوعد الله تعالى عليه بنار أوحد في الدنيا ، وقيل غير ذلك .

(أو كثير كذب) ظاهر مفهومه أن من باشر كثير الكذب لا تقبل شهادته ولو اتحد متعلقه ، وقول المدونة مما يجرح به الشاهد قيام البينة عليه انه كذاب في غير شيء مشعر

بتعدد متعلقه . ومفهوم كثير أن مباشرة الكذب اليسير كالواحد غير قادح في العدالة وهو كذلك ، لعسر الاحتراز منه ، الحطاب ابن عرفة وأما الكذب فنصها مما يجرح به الشاهد قيام بينة على أنه كذاب في غير شيء واحد ، ونقلها ابن الحاجب بأنه معروف بالكذب في غير شيء واحد . ابن عبد السلام كلامه يعطي تكرر الكذب ممن ثبت عليه ، وأنه مشهور من قوله ولم يشترط هذا القيد الأخير في المدونة واكتفى بتكرار الكذب .

قلت قوله يعطي تكرار الكذب لا وجه لتخصيصه به دون المدونة ، لأن فيها لفظ كذاب ، وفعال يدل على التكرار ضرورة ، وقوله إنه مشهور من قوله يرد بمنعه ، لأن مدلول مشهور أخص من معروف ، ولا يلزم من صدق الأعم صدق الأخص ، وقوله لم يشترط هذا في المدونة إن أراد به كونه مشهوراً فلا يضر لما بينا أن لفظ معروف لا يستلزمه ، وإن أراد لفظ معروف فقوله لم يشترط في المدونة إن أراد نصاً فمسلم ، وإن أراد ولا لزوماً منع ، لأن قولها قيام البينة العادلة أنه كذاب بصيغة المبالغة يدل على أنه معروف بمطلق الكذب عادة ، لأن الغالب في العادة أن لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب في غير شيء بصيغة المبالغة إلا وهو معروف بمطلق الكذب .

(أو صغيرة خسة) كتطفيف حبة أو سرقة لقمة فمباشرها لا تقبل شهادته ، ومفهوم خسة أن مباشرة صغيرة غير الخسة لا تمنع من قبول شهادته وهو كذلك لعسر الاحتراز منها غالباً (و) لم يباشر (سفاهة) أي مجوناً ودعابة وهزلاً في أكثر أوقاته (و) لم يباشر (لعب نرد) بفتح النون وسكون الراء آلة مربعة مخططة يلعب عليها بفصوص ، ويقال لها نرد شير ، وتسمى في عرف مصر طاولة ، فمباشر لعبها لا تقبل شهادته ولو مرة بغير قمار لحديث من لعب بالنرد شير فكأنما وضع يده في لحم خنزير ودمه . وحديث ملعون من لعب بالنرد شير . عياض في مشارقه النرد فارسي لنوع من الآلات التي يقامر عليها ، ويقال له النرد شير والكعاب والعدل (ذو) أي صاحب (مروءة) بفتح الميم

أفصح من ضمها ، ويجوز إبدال الهمز واواً وإدغام الواو الأولى فيها مع فتح الميم وضمها . ابن عرفة وهي المحافظة على فعل ما تركه يوجب الذم عرفاً من مباح ، كترك الملي الانتعال في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله يوجب الذم عرفاً من مباح كالأكل في السوق وفي حانوت الطباخ لبلدى . ابن محرز لسنا نعني بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة ، أي الهيئة ، بل المراد الصون والصمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب المجون والارتفاع عن كل خلق رديء يرى أن كل من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه جرحة .

ابن عرفة والروايات والأقوال واضحة بأن ترك المروأة جرحة لدلالته على عدم المحافظة الدينية وهي لازم العدالة وتركها مسبب غالباً عن اتباع الشهوات . المازري من لا يبالي بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل ، ونقصه يوجب عدم الثقة به . التونسي الاتصاف بالمروأة مطلوب وبخلافها منهي عنه وإن ظهر ببادىء الرأي أنه مباح مصورة .

(بترك) شيء (غير لائق) أي مناسب لحال مرتكبه وإن كان مباحاً في بادىء الرأي . ابن الحاجب المروأة الارتفاع عن كل ما يرى إن من تخلق به لا يحافظ على دينه وإن لم يكن حراماً . تت بأن لا يأتي بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند ذوي الفضل . البساطي باجتناب ما يرتكبه السفهاء من الأقوال والأفعال كاللعب بالطاب والقمار والمهاجنة في الأقوال والتصريح بأقوال لم يعبر الشرع عنها إلا بالكناية ونحو ذلك .

وبين غير اللائق فقال (من) لعب بـ (حمام) بفتح الحاء المهملة وخفة الميم الطير المعروف ، ظاهره بقمار أم لا وهو كذلك في سرقتها ، وفي رجمها يجرح الشاهد بلعبه بالحمام إذا كان يقامر عليه ، واختلف هل يحمل مطلقها على مقيدها أو لا ، وظاهرهما أدمن عليه أم لا . المازري عن محمد من فعله على قمار أو أدمن عليه ردت شهادته . ابن عرفة روى أبو داود بسنده عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة .

وَسَمَاعِ غِنَاءٍ ، وَدِبَاغَةٍ ، وَحِيَاكَةٍ ٱخْتِيَاراً ، وَإِدَامَةِ شَطْرَنْجٍ ،

(و) من (سماع غناء) بكسر الغين المعجمة ممدوداً وإن قصر فهو اليسار والمال ، وظاهره كان مع آلة أم لا ففيهـا ترد شهادة المغني والمغنية والنائح والنائحة إذا عرفوا بذلـك . ابن عبـد الحكم سماع العود جرحة إلا في صنيع لا شراب فيـه ، فلا يحرم وإن كره على كل حال ، والغناء إن كان بغير آلة فهو مكروه ولا يقدح في الشهادة بالمرة الواحدة ، بل لا بد من تكرره ، وكذا نص عليه ابن عبد الحكم لأنه حينئذ يقدح في المروءة . المازري وأما الغناء بآلة فـإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور فممنوع وكذا المزمار ، واستظهر الحاقه بالمحرمات وإن أطلق . محمد في سماع العود أنه مكروه ، وقد يريد به التحريم .

(و) من (دباغة) لجلد (وحياكة) بكسر الحاء المهملة والمثناة لغزل صوف أو قطن أو كتان أو غيرها إن فعلها (اختياراً) بأن كان غير أهلها ولم يتوقف قوته وقوت عياله عليها ، فإن كان من أهلها أو اضطر إليها فلا تخل بمروأته ، والحق بمن ذكر من يقصد كسر نفسه وتخلقها بأخلاق الفضلاء ومباعدتها عن الكبر . ابن رشد لا ترد شهادة ذوي الحرف الدنية كالكناس والحجام والدباغ والحائك إلا من رضيها اختياراً ممن لا تليق به ، لأنهـا تدل على خبل في عقله . ابن محرز رأى بعض الناس أن شهـادة البخيل لا تقبل وقاله الغزالي . البرزلي رأيت لبعضهم أن هذه الصناعة إن صنعها تصغيراً لنفسه أو ليدخل السرور بها على الفقراء أو ليتصدق بما يأخذه منها فإنها حسنة ، وإلا فهي جرحة . تت لو أدخل الكاف على دباغة لكان أحسن لإدخال باقي الحرف الدنية .

(و) من (إدامة) لعب بـ(شطرنج) بكسر الشـين المعجمـة أو المهملة وسكون الطاء المهملة وفتح الراء وسكون النون فجيم . تت ظاهر كلام المصنف إباحته ، وبهـا صرح البساطي ، وهو ظاهر كلام الشارح . وقال ابن هشام اللخمي مذهب مالك «رض» حرمة اللعب به ، وتارة يعبر عنه بالكراهة ، وتارة يقول هو شر من النرد .

(تنبيـه)

فسر ابن نصر الإدمان بأن يلعب بها في السنة أكثر من مرة ، وبعض الأشياخ بمرة

في السنة . الحط في الشامل وإدامة شطرنج ولو مرة في العام ، وقيل أكثر وهل يحرم أو يكره قولان ، وثالثها إن لعبه مع الأوباش على طريق المجاهرة حرم ، وفي الخلوة مع نظرائه بلا إدمان وترك مهم ولهو عن عبادة جاز . وقيل إن ألهى عن الصلاة في وقتها حرام اه .

(تنبيهان)

الأول : الحط ليس اللباس المحرم أو المكروه الخارج عن السنة ليس جرحة في الشهادة كلباس فقهاء هذا الزمان من تكبيرهم العمائم وإفراطهم في توسيع الثياب وتطويلهم الأكمام ، وقد صرح الشيخ أبو عبد الله في المدخل بان ذلك ممنوع .

الثاني : « غ » ابن عرفة لا تجوز شهادة من يشتغل بمطلق علم الكيمياء ، وأفتى الشيخ الصالح الفقيه . أبو الحسن المنتصر بمنع إمامته ، ورجح أبو زيد ابن خلدون أنها على تقدير صحة وجودها ، فانقلاب الأعيان فيها من السحريات لا من الطبيعيات ، وأنهم يظهرون بألغازهم الضنانة بها .

وإنما قصدهم التستر من حملة الشريعة ومن اجتمعت الحرية وما بعدها فيه فهو عدل إن كان بصيراً سميعاً ، بل (وإن) كان (أعمى) فتقبل شهادته (في قول) الحط شهادة الأعمى في القول المشهور جوازها ، وشهادته في غير الأقوال لا تجوز ، وهذا فيما تحمله بعد العمى . وأما ما تحمله قبل العمى من غير القول فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف في التوضيح وابن عبد السلام وابن فرحون أنها لا تجوز ، لأنهم نقلوا المذهب ، ثم قالوا وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه تجوز فيما تحمله قبل العمى ، فدل هذا على أن المذهب عدم التفصيل .

وفي النوادر قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف رضي الله تعالى عنهما ما شهد عليه قبل العمى يقبل . سحنون «رض» لا فرق بين ذلك لأنه حال شهادته أعمى اه ، فظاهر كلام سحنون أن مذهبنا لا تقبل ، سواء تحملها بعد عماه أو قبله ، وصرح الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد بانه إذا تحملها قبل عماه تقبل ، ونصه عند قول صاحب الإرشاد وتقبل من

الأعمى فيما لا يشتبه عليه من الأقوال . قال في شرح العمدة معناه تجوز شهادة الأعمى على الأقوال إذا كان فطناً ، ولا تشتبه عليه الأصوات . ويتيقن المشهود له والمشهود عليه، فإن شك في شيء منها فلا تجوز شهادته ولا تقبل في المرئيات إلا أن يكون تحملها بصيراً ثم عمي وهو يتيقن عين المشهود عليه ويعرفه باسمه ونسبه .

طفي لا خصوصية للقول فتجوز فيا عدا المرئيات من المسموعات والملموسات والمذوقات والمشمومات عبد الوهاب تقبل على ما لمسه بيده أنه حار أو بارد أو ناعم أو خشن وفيما ذاقه أنه حلو أو حامض وفيما شمه . ابن فرحون هذا يظهر معناه في الأيمان وتعليق الطلاق ونحوه ، فإن حلف رجل بالطلاق أن لا يشرب حلواً أو حامضاً فيشهد عليه به فيلزمه ، وخص المصنف القول كغيره ، لأن الملموس والمذوق والمشموم يستوي فيها الأعمى وغيره ، فهي محل اتفاق ، وإنما الخلاف في المسموع فمذهب مالك «رض» جوازها ، ومذهب الشافعي والحنفي والجمهور رضي الله تعالى عنهم منعها ، ومثار الخلاف هل يحصل له علم ضروري أن هذا صوت فلان أم لا ، وسواء تحملها عندنا أعمى أو بصيراً ، ومنعها الحنفي في الوجهين ، وأجازها الشافعي إذا تحملها بصيراً ثم عمي .

وأما شهادته في الأفعال ونحوها من المرئيات فلا تجوز ، فإن تحملها بصيراً ثم عمي جازت إن تيقن عين ما شهد عليه وعرفه باسمه ونسبه كما نص عليه في شرح الإرشاد وهو ظاهر . وقول «ح» وأما ما تحمله من الشهادة على غير الأقوال قبل العمى فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف وابن عبد السلام وابن فرحون أنها لا تجوز لنقلهم المذهب أولاً ، ثم قالوا وقال الشافعي «رض» تجوز فيما تحمله قبل العمى ، فدل هذا على أن المذهب عدم التفصيل وهم ، لأن التفرقة إنما ذكروها في الأقوال كما تقدم ، ونقلوا المذهب بجوازها ، ثم قالوا وقال الشافعي الخ ولم يتعرضوا للأفعال فلا دليل له في كلامهم .

ونص ابن عبد السلام اختلف العلماء في قبول شهادة الأعمى فأجازها مالك «رض» على الأقوال ، ومنعها أبو حنيفة «رض» ، وقال الشافعي « رض » تجوز فيما أدركه قبل عماه

أَوْ أَصَمَّ فِي فِعْلٍ ، لَيْسَ بِمُغَفَّلٍ ، إِلَّا فِيمَا لَا يَلْبِسُ ، وَلَا مُتَأَكِّدِ الْقُرْبِ ، كَأَبٍ ، وَإِنْ عَلَا ، وَزَوْجِهِمَا وَوَلَدٍ ، وَإِنْ سَفَلَ . كَبِنْتٍ وَزَوْجِهِمَا وَشَهَادَةُ ابْنٍ مَعَ أَبٍ ، وَاحِدَةٌ

وترد فيما أدركه بعده ، وهذا الخلاف مبني على أنـــه هل يمكن حصول العلم بالتكرار للأعمى بأن هذا صوت فلان أم لا اه ، ونحوه لابن فرحون، ولم يذكر المصنف في توضيحه هذه التفرقة ، فذكره مع من فرق سهو . قوله وفي النوادر الخ لا دليل له فيه ، لأن كلامه في الأقوال لا في الأفعال ، ومذهبنا لا فرق في الجواز ، وقصد سحنون بقوله لا فرق الرد على ابن أبي ليلى وأبي يوسف في التفرقة بأن العمى الذي اعتبراه موجود حين القبول وتبعه عج ، والكمال لله تعالى .

(أو) كان العدل (أصم) فيقبل إذا شهد (في فعل) رآه بعينه (ليس) العدل (بمغفل) بضم الميم وفتح الغين المعجمة والفاء مثقلا . البساطي التغفل عدم استعمال القوة المدركة مع وجودها والبلادة عدمها ، فلا تقبل شهادة المغفل الذي لا يستعمل مدركته في كل شيء (إلا فيما) أي شيء واضح (لا يلبس) بفتح التحتية الموحدة أي يشتبه بغيره كرأيت فلانا قتل فلانا أو قطع يد فلان أو سمعته يطلق زوجته أو يعتق رقيقه أو يقذف فلانا . المازري إطلاق المتقدمين رد الشهادة بالبله والغفلة قيده بعض المتأخرين بما كثر من الكلام والجمل المتعلق بعضه ببعض لا في نحو رأيت هذا الشخص يفعل كذا (ولا) بـ(متأكد) بضم الميم وكسر الكاف مثقلة ، أي قوي (القرب) بضم فسكون، أي القرابة للمشهود له (كأب) له إن اتصل به ، بل (وإن علا) كجد وأبيه (وزوجهما) أي الأب والجد (وولد) للمشهود له إن اتصل به ، بل (وإن سفل) أي نزل الولد (كبنت) في نسخة بكاف التمثيل للولد وفي أخرى باللام فهي مبالغة ثانية ، أي هذا إذا كان الولد السافل لابن ، بل وإن كان لبنت (وزوجهما) أي الابن والبنت (وشهادة ابن مع أب) شهادة (واحدة) فيحتاج لتكميل النصاب بشاهد آخر أو يمين . الحط هذا قول أصبغ .

وقال سحنون بجواز الجميع بشرط التبريز قاله ابن رشد ، وقال ابن راشد في اللباب

شهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به ، ابن فرحون لو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به ، وقال بعض الموثقين شهادتهما بمنزلة شهادة واحدة ، وفي معين الحكام القول بأنهما بمنزلة شاهدين أعدل ، ثم قال وأما شهادة الأخوين في شيء فشهادتهما جائزة وليسا كالأب وابنه . طفي فالأولى الاقتصار على أن شهادة الأب وابنه شهادتان ، لأنه الأقوى ، أو ذكر القولين .

وشبه في الالغاء فقال (ك) شهادة (كل) من الأب وابنه على سبيل البدل (عند الآخر) القاضي أي لا تعتبر شهادة الأب عند ابنه القاضي ولا شهادة الابن عند ابيه القاضي (أو) شهادة الأب (على شهادته) أي ابنه نقلا عنه أو شهادة الابن على شهادة أبيه نقلا عنه (أو) شهادة أحدهما على (حكمه) أى الآخر كل ذلك لغو . ابن رشد الخلاف في شهادة الأب عند ابنه والابن عند أبيه وشهادة كل منهما على شهادة الآخر الحكم فيها سواء والاختلاف فيها كلها واحد فقيل كل ذلك جائز ، وهو قول سحنون لإجازته شهادة الأب على قضاء ابنه بعد عزله ، وإجازته شهادته عنده بشرط كونه مبرزاً ، وهذا تفسير لقوله في سائر المسائل الأربعة يعني مع اشتراط التبريز ، وهو قول مطرف لإجازته شهادة كل منهما مع شهادة الآخر وشهادته على قضائه بعد عزله وشهادته على شهادته ، وشهادته عنده وقيل ذلك غير جائز وهو قول أصبغ لمنعه شهادة كل منهما مع شهادة الآخر ، وهو الآتي على مذهبه في المسائل الأربعة . وفرق ابن الماجشون بين شهادة كل منهما مع صاحبه وشهادته على شهادته ، وبين شهادته على حكمه بعد عزله فاجازها في الأوليين ، ومنعها في الأخيرة وهو تناقض اهـ .

واقتصر ابن عرفة والمصنف في التوضيح على كلام ابن رشد وقوله قول مطرف أي الجواز لا في اشتراط التبريز ، لأنه الذي به العمل ولا يشترط التبريز ، ولذا كل من درج على ما به العمل من كون شهادتهما شهادتين لم يشترط التبريز ، وليس هذا الحكم خاصاً بالأب دنية ، ففي معين الحكام وتبصرة ابن فرحون منع ابن سحنون إجازة القاضي شهادة ابنه

بِخِلَافِ أَخٍ لِأَخٍ ، إِنْ بَرَزَ ، وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ ، وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضاً بِخِلَافِهِ ،

أو ابن ابنه على رجل الا أن يكونا مبرزين في العدالة ا هـ. وأمـــا شهادة الابن على خط أبيه فعند أبي الحسن انها حكم هذه المسائل الأربعة ، قال وفي كل قولان ، ومن هذا أن يشهد على خط أبيه .

(بخلاف) شهادة (أخ لأخيه) فتقبل (إن برز) بفتحات مثقلا أي فاق الشاهد أقر أنه في عدالته وهو لازم واسم فاعله مبرز أي ظاهر العدالة سابق غيره مقدم فيها وأصله من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها وهو المبرز لظهوره وبروزه قاله عياض . وظاهر كلام المصنف قبول شهادة الأخ المبرز لأخيه في الأموال وغيرها وليس كذلك . وقيد في توضيحه إطلاق ابن الحاجب بالأموال وما في معناها . وفي المدونة ولا تجوز شهادة من هو في عيال رجل له ، وكذا الأخ والأجير إذا كانا في عياله ، فان لم يكونا في عياله جازت شهادتهما إن كانا مبرزين في العدالة في الأموال والتعديل . ابن عرفة بعد تقييد شهادته بالمال . ابن رشـــد أجازها ابن القاسم في النكاح ومنعها سحنون إن نكح من يتزين بنكاحه اليهم ، وفي كونه تفسير القول ابن القاسم أو خلافاً قولا ابن دحون وغيره ، وليس بصحيح ، وجراح الخطأ وقتله كالمال ، وفي لغواها في جراح العمد وصحتها نقلا اللخمي عن معروف المذهب وأشهب مع الموازية ، وقول أصبغ هذا أحب إلي ، وفيه اختلاف ابن رشد على سماع زونان. أشهب تجوز في جراح العمد تجوز في قتله والحدود .

اللخمي لا تجوز في أن فلاناً قذفه فتجوز شهادة المبرز لأخيه إن كانت بمال ، بـــل (ولو) كانت (بتعديل) للأخ عند ابن القاسم (وتؤولت) بضم الفوقية والهمز وكسر الواو مثقلا أي فهمت المدونة (بخلافه) أي عدم تعديل المبرز أخاه . عب كذا قرره الشارح وتت ، وقرره « ق » بما يفيده انها تؤولت بعدم اشتراط التبريز في شهادة الاخ لأخيه ، وكلام المصنف محتمل لهما ، والمعتمد اشتراط التبريز . البناني ويصح حمل كلام المصنف عليهما معاً بأن معناه وتؤولت بخلاف ما ذكر في الموضعين ، وهذا أقيد . أما التأويلان

في اشتراط التبريز وعدمه فقال في التوضيح والقول باشتراط التبريز هو الذي في أول شهادات المدونة ، ولم يشترطه في أثنائها . واختلف الشيوخ فحمله الأكثر على أنه خلاف كما فعل ابن الحاجب ، ورأى بعضهم أن ما في أول الشهادات قيد لغيره .

وأما ما في التعديل فقال في التوضيح على قول ابن الحاجب وفي جواز تعديله قولا ابن القاسم وأشهب ما نصه الجواز لابن القاسم ، وهو ظاهر المدونة بشرط التبريز ، لقولها إذا لم يكن الأخ والأجير في العيال تجوز شهادتهما إذا كانا مبرزين في الأموال والتعديل ، وعلى هذا حملها الأكثرون . وقال بعضهم المراد بالتعديل هنا تعديل من شهد لأخيه بمال فهو من باب المال ، وعلى الأول يجرح من جرح أخاه ، وعلى الثاني لا يجرح من جرحه .

وشبه في اشتراط التبريز فقال (كأجير) يشهد لمن استأجره فتقبل شهادته إن كان مبرزاً ولم يكن في عيال المشهود له (و) ك (مولى) بفتح الميم واللام أسفل يشهد لمعتقه فتقبل شهادته إن كان مبرزاً وليس في عياله . أبو الحسن وأما شهادة الأعلى للأسفل فلا يشترط فيها التبريز (و) كصديق (ملاطف) بضم الميم وكسر الطاء المهملة فتقبل شهادته لصديقه إن كان مبرزاً ولم يكن في عياله . الحط هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل واحد منهما صاحبه ، ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة وهو أحد معاني تسميته تعالى لطيفاً ، ولو كانت الملاطفة من أحدهما للآخر كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر ، وصلته قاله في التنبيهات ابن فرحون هو الذي قيل فيه .

إن أخاك الحق من كان معك ... ومن يضر نفسه لينفعك
ومن إذا ريب الزمان صدعك ... شتت فيك شمله ليجمعك

اهـ ، وقل أن يوجد هذا ، فتفسير التنبيهات أولى .

(و) كشريك (مفاوض) بضم الميم وفاء وكسر الواو وفتحها فضاد معجمة يشهد لشريكه (في غير) مال (مفاوضة) فتقبل شهادته إن برز في عدالته (و) كشاهد (زائد) في شهادته على ما شهد به أولاً بأن شهد لزيد على عمرو بعشرة ثم رجع لشهادته له عليه

أوْ مُنَقِّصٍ ، وذَاكِرٍ بَعْـــدَ شَكٍّ ، وتَزْكِيَةٍ وإنْ بِحَدٍّ مِنْ
مَعْرُوفٍ ، إلَّا الغَرِيبَ ؛

بخمسة عشر فتقبل إن كان مبرزاً (أو منقص) بضم ففتح فكسر مثقلاً عما شهد به أولاً كعكس المثال السابق ، فيقبل إن برز .

(و) كشاهد (ذاكر) أي متذكر لما شهد به (بعد شك) منه فيه . ابن رشد إذا سئل الشخص عن شهادة في مرضه لتنقل عنه أو يشهد على شهادته تحصيناً أو سئل عند الحاكم ليشهد بها فأنكرها ، وقال لا علم عندي منها ثم جاء يشهد فإنه يقبل إذا كان مبرزاً في العدالة . وأما لو لقيه الذي عليه الحق فقال له بلغني أنك تشهد علي بكذا فقال له لاأشهد عليك بكذا ولا عندي منه علم ، وإن شهدت فشهادتي باطلة فلا يقدح هذا في شهادته ولا يضرها ، وإن كان على قوله بينة قاله ابن حبيب وهو تفسير لقول مالك . وأما إذا قال الشاهد بعد شهادته للمشهود عليه إن كنت شهدت عليك بكذا فأنا مبطل ، فهذا رجوع عن الشهادة . وذكر ابن رشد فيه خلافاً .

(و) كشاهد في (تزكية) لشاهد فتقبل تزكيته إن برز وكانت الشهادة بمال ، بل (وإن) كانت (بـ) موجب (حد) كقتل وردة وزنا وقذف وسكر . الباجي يجـــوز التعديل في الدماء وغيرها قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . وقال أحمد بن عبـــد الملك لا يكون التعديل في الدماء ولا يقضى به ، ويزاد على شرط التبريز كون التزكيـــة (من) شخص (معروف) عند القاضي بالعدالة فلا تقبل التزكية من معروف بها عنده (إلا) الشاهد (الغريب) فتقبل تزكيته من غير معروف بها عنده ، ومثـــل الغريب المرأة . ابن عاشر .

تعديل احتاج لتعديل هبـــا إلا عدالة النسا والغربا

أي إلا تعديل النساء والغرباء ، فإنه يقبل ممن يحتـاج للتعديل لكونه غير معروف عند القاضي والهباء ما يرى في شعاع الشمس الداخـل من كوة مثل الغبار . « غ » أشار به لقولها في كتاب اللقطة وإن شهد قوم على حق فعدلهم قوم غير معروفين فعدل لمعدلين

آخرون ، فإن كان الشهود غرباء جاز ذلك ، وإن كانوا من أهل البلد فلا يجوز ذلك، لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة إذا كانوا من أهل البلد حتى تكون عدالة الشهود أنفسهم عند القاضي .

ولا بد من كون التزكية بقول الشاهد (أشهد بأنه) أي الشاهد المزكي بالفتح (عدل رضى) بكسر الراء وفتح الضاد المعجمة مقصوراً منوناً ، أي مقبول الشهادة. ابن الجلاب لا يجزىء الاقتصار على أحدهما . وقال ابن زرقون المعلوم من المذهب إجزاؤه ، وظاهر كلام المصنف أنه لا بد من لفظ أشهد فلا يجزىء أعلم أو أعرف قاله تت . طفي تبع قول البساطي لا بد من لفظ أشهد ، فلو قال هو عدل رضى فلا يكفي على المشهور ا هـ ، وهو تابع لقول الموضح في شرح قول ابن الحاجب ، ويكفي في التعديل أشهد أنه عدل رضى ، وقيل أو أعلمه أو أعرفه يعني أن القول الأول يشترط أن يقول أشهد ، والثاني يكفي عنده أشهد أو أعلمه عدلاً رضى أو أعرفه ا هـ ، وهذا مراده في مختصره لإدخال الجار على الفعل قاصداً حكاية لفظه وفيه نظر ، إذ ما ذكره ليس هو مراد ابن الحاجب، وإنما مراده أن القول الأول لا بد من الجزم بأنه عدل ، سواء عبر عنــه بلفظ أشهد أو بغيره ولا يقول أعلمه ولا أعرفه ، وعلى هذا شرحه ابن عبد السلام ، فقال في القول الأول اختار مالك رضي الله تعالى عنه أن يقول المزكي هذا الشاهد عدل رضى اهـ .

اللخمي إن قال هو عدل رضي صحت العدالة . المازري قال مالك رضي الله تعـالى عنه لفظ التعديل . أن يقول هو عدل رضي ا هـ ، فهذا يدل على أنه لا يشترط لفظ أشهد خلافاً للمصنف ، وقد تعقبه ابن مرزوق بقوله لم أقف على اشتراط لفظ أشهد في التزكية، والروايات تدل على عدم اشتراطه ، وأطال في ذلك . ورد ابن الحاجب بقوله يكفي الخ قول ابن كنانة وسحنون يقول هو عدل رضي جائز الشهادة يجمع بين الثلاثة . ابن عرفة ابن رشد اختار أن يجمع بين قوله هو عندي من أهل العدل والرضى ، لقوله تعالى ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ ٢٨٢ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عــدل منكم ﴾ ٢ الطلاق فإن اقتصر على أحدهما اكتفى به لذكره تعالى كل لفظ وحده . قلت وهو نقـل

ابن فتوح عن المذهب . اللخمي إن قال عدل رضي صحت العدالة ، واختلف إن اقتصر على إحدى الكلمتين هل هو تعديل أم لا ، فإن قال إحداهما ولم يسأل عن الأخرى فهو تعديل لورود القرآن بقبول شهادة من وصف بإحداهما ، وإن سئل عن الأخرى فوقف فهي ريبة في تعديله فيسأل عن سبب وقفه ، فقد يكون مما لا يقدح في العدالة أو يذكر ما يريب فيوقف عنه .

وفي الجلاب والتزكية أن يقول الشاهد أن نشهد أنه عدل رضى ، ولا يقتصر أن على لفظ واحد من العدل والرضى . ابن عرفة وفي كون إحدى الكلمتين لا تكفي وهو الذي في الجلاب ، وفي الكافي هو تحصيل مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . وقال ابن زرقون المعلوم من المذهب خلافه ، وأنه إن اقتصر على أحدهما أجزأه وهو المعلوم لمالك وسحنون وغيرهما ، واختار اللخمي التفصيل المتقدم ، فالأولى الإشارة إلى هذا الخلاف ، والله أعلم .

(فائدة)

القرافي قاعدة اللفظ الذي يصح أداء الشهادة به وما لا يصح أداؤها به . اعلم أن أداء الشهادة لا يصح بالخبر البتة ، فلو قال الشاهد للحاكم أنا أخبرك أن لزيد عند عمرو ديناراً عن يقين مني وعلم به فلا يعد شهادة ، بل هذا وعد من الشاهد له أنه سيخبره به عن يقين فلا يعتمد الحاكم عليه . ولو قال قد أخبرتك بكذا فهو كاذب ، إذ مقتضاه تقدم إخباره به ولم يقع ، فالمضارع وعد والماضي كذب ، وكذا اسم الفاعل المقتضى للحال كأنا مخبرك بكذا ، فإنه إخبار عن إخباره في الحال ، ولم يقع فظهر أن الخبر كيف تصرف لا يعد شهادة ولا يعتمد عليه الحاكم ، وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأي شيء تشهد فقال حضرت عند فلان ، فسمعته يقر لفلان بكذا أو أشهدني على نفسه بكذا ، أو شهدت بصدور البيع بينهما أو غيره من العقود ، فليس هذا أداء شهادة ، لأن هذا مخبر عن أمر تقدم ، فيحتمل أن يكون قد اطلع بعد على ما منع الشهادة به من فسخ

أو إقالة أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الأداء فلا يجوز لهذه الاحتمالات الاعتماد على شيء من ذلك إذا صدر بهن الشاهد، فالخبر كيف تقلب لا يجوز الإعتماد عليه ، بل لا بد من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها والإنشاء ليس بخبر ، ولذا لا يحتمل التصديق والتكذيب، فإذا قال الشاهد أشهد بكذا كان إنشاء ، ولو قال شهدت لم يكنه عكس البيع لو قال أبيعك لم يكن إنشاء له ، بل وعدلاً ينعقد به . ولو قال بعتك كان إنشاء للبيع ، فإنشاء الشهادة بالمضارع والعقود بالماضي وإنشاء الطلاق والعتق بالماضي ، واسم الفاعل نحو أنت طالق وأنت حر ولا ينشأ البيع والشهادة باسم الفاعل ، فلو قال أنا شاهد بكذا أو أنا بائع ، كذا لم يكن إنشاء .

وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي، فما وضعه أهل العرف للإنشاء فهو إنشاء وما لا فلا فاتفق أنهم وضعوا للإنشاء الماضي في العقود، والمضارع في الشهادة واسم الفاعل في الطلاق والعتاق ، فلما كانت هذه الألفاظ موضوعة للإنشاء في هذه الأبواب صح اعتماد الحاكم على المضارع في الشهادة ، لأنه موضوع له صريح فيه ، والإعتماد على الصريح هو الأصل ، ولا يعتمد على غيره لعدم تعين المراد منه ، فإن اتفق تغير العرف وصار الماضي موضوعاً لإنشاء الشهادة والمضارع لإنشاء العقود اعتمد الحاكم على العرف الطارىء ، ولا يعتمد على العرف الأول الذي ترك فتلخص . أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشىء عن العوائد وتابع لها ، وأنه ينقلب وينتسخ بتغيرها وانقلابها فلا يبقى بعد هـذا خفاء في الفرق بين ما تؤدى به الشهادة وما لا تؤدى به اه .

ففي جمله أشهد إنشاء لا يصح لغة واصطلاحاً ، لقول الجوهري الشهادة خبر قاطع تقول منه شهد فلان على كذا ، وقول ابن فارس في مجمله الشهادة خبر عن علم ، وقول فخر الدين أشهد إخبار عن الشهادة وهو الحكم الذهني المسمى كلام النفس ، وكـذا هو في إصطلاح الفقهاء لوصف الشاهد بالصدق والزور ، وهما من عوارض الخبر ، وهو مخالف لما اختاره في الفرق بين الشهادة والرواية من أنه إن كان المخبر عنه عاماً فهي الرواية ، وإن كان خاصاً فهي الشهادة .

فإن قلت لا مخالفة بين جعل لفظ أشهد إنشاء، والشهادة خبراً، كما قال المحلي في شرح قول جمع الجوامع الإخبار عن عام لا تدافع فيه الرواية، وخلافه الشهادة وأشهد إنشاء تضمن أخباراً لا محض إخبار أو إنشاء، وعلى المختار لا منافاة بين كون أشهد إنشاء وبين كون معنى الشهادة إخباراً لأنه صيغة مؤدية لذلك المعنى بمتعلقه. قلت الشهادة مصدر أشهد فيلزم من جعل أحدهما إنشاء كون الآخر كذلك، ومن النظر إلى المتعلق في أحدهما كون الآخر كذلك، فلا معنى للمخالفة بينهما كما صنع صاحب جمع الجوامع والمحلي، ولا شك إن أشهد أن سلم أنه إنشاء لزم كونه انشاء لذلك الخبر، كما صرح به القرافي، فإن نظرنا إلى المتعلق فخبران وإلا فإنشاآن، ولا معنى للتفرقة بينهما، وصاحب جمع الجوامع بنى ما ذكره على مذهبه، لان الشافعية عندهم حصر الشهادة في لفظ أشهد، فكأنه منقول عن الخبر، فحصر القرافي الشهادة فيه خلاف مذهب المالكية، إذ لم يشترطوا لاداء الشهادة صيغة مخصوصة، بل قالوا المدار على حصول العلم. وقد قال ابن عرفة الاداء عرفاً إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به.

في النوادر قوله هذه شهادتي أداء لها، والفرق الذي ذكره لم يذكره غيره، ويبعد أن يتقرر عنده دون غيره مع توفر العلماء في زمانه، ولم يذكره أحد، وبه تعلم أن قول ابن عرفة في حصر القرافي أداء الشهادة في لفظ أؤدي الاظهر أنه لعرف تقرر بعيد، وقد قال ابن فرحون في تبصرته هذا الذي قاله القرافي مذهب الشافعية، ولم أره لاحد من المالكية. ونقل شمس الدين الحنبلي الدمشقي أن مذهب مالك وأبي حنيفة وظاهر كلام ابن حنبل أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ أشهد، بل متى قال الشاهد رأيت كذا أو سمعت كذا ونحو ذلك كانت شهادة منه، وليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله ﷺ ما يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وأطال في ذلك ومن تصفح نصوص المالكية علم بطلان حصر القرافي الشهادة في لفظ أشهد، والله الموفق.

ولا بد من كون التزكية (من) شخص (فطن) بفتح الفاء وكسر الطاء المهملة، أي

عَارِفٍ لَا يُخْدَعُ ، مُعْتَمِدٍ عَلَى طُولِ عِشْرَةٍ ، لَا سَمَاعٍ مِنْ سُوقِهِ ، أَوْ مَحَلَّتِهِ ، إِلَّا لِتَعَذُّرٍ

ذي فطانة ونباهة لا يخدع (عارف) صفات العدول وأضدادها وأحوال الناس بمخالطته لهم فلا يغتر بظواهرهم ، إذ كم من ظاهر مموه على باطن مشوه (لا يخدع) بضم التحتية . البساطي هذا تفسير لفطن يزيده أيضاً (معتمد) بضم الميم الأولى وكسر الثانية في معرفة حال مزكاه (على طول عشرة) بكسر فسكون ، أي خلطه مع مزكاه وأشعر تذكيره الاوصاف بأن النساء لا يزكين رجالا ولا نساء وهو كذلك (لا) معتمد على (سماع) من محصورين .

وأما السماع الفاشي من العدول وغيرهم فيعتمد عليه المزكي كما سيأتي إن بينة السماع يثبت بها التعديل . البناني لما عارض هذا ما يأتي من قبول شهادةالسماع في التعديل فرقوا بينهما بتخصيص هذا بالسماع من معين فلا يقبل من المعدلين والجرحين أن يقولوا سمعنا فلانا وفلانا يشهدان أن فلاناً عدل رضى أو غير عدل نقله الموفي عن سحنون ، قال إلا أن يكون المشهود على شهادته أشهدهم على التزكية أو التجريح،ووفق الشيخ أحمد بتوفيق آخر فحمل ما هنا على شهادته بالقطع معتمداً على سماع فاشياً كان أم لا ، وما يأتي على الشهادة بالسماع وجمع بعضهم بين التوفيقين. ابن عاشر إذا كفى في التعديل السماع الفاشي ضاعت هذه القيود،أي معتمداً على طول عشرة الخ ، ولا بد من كون المزكي .

(من) أهل سوقه أي المزكي بالفتح (أو) أهل (محلته) بفتح الميم وكسر الحاء المهملة وشد اللام ، أي محل حلول وسكنى المزكى بالفتح لأنهم أدرى بأحواله . «غ»ليس الجار متعلقاً بسماع ، وإنما هو من صفات تزكية بحذف مضاف ، أي من أهل سوقه أو محلته ، وكأنه قال وتزكية حاصلة من معروف ومن فطن ومن أهل سوقه أو محلته،وأشار به لقول اللخمي يقبل تعديله من جيرانه وأهل سوقه ومحلته لا من غيرهم ، لأن وقوفهم عن تعديله مع كونهم أقعد به ريبة في تعديله (إلا لتعذر) لتزكيته من أهل سوقه أو محلته لعدم تبريزهم فيقبل تعديله من غيرهم .

وَوَجبَتْ ، إنْ تعيَّنَ كَجَرْحٍ ، إنْ بَطَلَ حَقٌّ ؛ ونُدِبَ تَزْكِيَةُ سِرٍّ مَعَهَا

اللخمي فإن لم يكن فيهم عدل قبل من سائر بلده ، وقال المتيطي ولا يزكي الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه وجيرانه إلا أن يكون مشهوراً بالعدالة ، رواه أشهب عن مالك رضي الله تعالى عنهما ، وبه قال مطرف وابن الماجشون . ابن عبد الحكم وأصبغ أو يكون من قوم مبرزين بالعدالة ، وفي التوضيح إلا أن يكون معدلوه أهل برازة في العدالة والفضل . وفي بعض النسخ إلا المبرز بدل قوله إلا لتعذر كأنه إشارة إلى قولهم إلا أن يكون مشهوراً بالعدالة ، أو قولهم إلا أن يكون معدلوه أهل برازة .

(ووجب) التعديل (إن تعين) بفتحات مثقلا أي انحصرت معرفة أحوال المزكى في مبرزين ، وتوقف عليه ثبوت حق أو بطلان باطل . قال الإمام مالك «رض» من علم عدالة شخص وجب عليه أن يزكيه ، لأنها من جملة الحقوق إلا أن يجد غيره فهو في سعة ، فإن عرف عدالة الشاهد أربعة مبرزون وجب علي ، أي اثنين كفاية ، وإن لم يعرفها إلا اثنان فهو فرض عين عليهما ، ومحل الوجوب بقسميه إن طلبت في حق آدمي ، فإن لم تطلب في حقه فلا تجب ، وأما في محض حق الله تعالى فتجب المبادرة بالتزكية إن استديم تحريمه كما يأتي في الشهادة .

وشبه في الوجوب فقال (كجرح) أي تجريح شاهد فيجب (إن بطل) بتركه (حق) تت الشرط في هذه والتي قبلها . طفي بل هو خاص بهذه من قاعدته من رجوع الشرط لما بعد الكاف ، ويكفي الأول قوله إن تعين . الحط وعكس هذه المسألة إن شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته فهل يجوز لك أن تجرحه ، ذكر ابن رشد فيه قولين ، ورجح أنه لا يشهد بجرحته .

(وندب) بضم فكسر (تزكية سر معها) أي تزكية العلانية لأنها قد تشاب بالمداهنة ، فإن اقتصر على تزكية العلانيه أجزأت على مذهب المدونة ، وقال ابن الماجشون لا تجزىء ، وإن اقتصر على تزكية السر أجزأت اتفاقاً ، ويكفي في ندب الجمع تزكية واحد سراً

مِنْ مُتَعَدِّدٍ ، وإنْ لَمْ يَعْرِفْ ٱلإِسْمَ ،

ويندب تعدده ،ففيه مندوبان، وتجوز التزكية بالشروط المتقدمة إن عرف المزكي بالكسر اسم المزكى بالفتح، بل (وإن لم يعرف) المزكي بالكسر (الاسم) للمزكى بالفتح، هكذا أطلق المصنف وقيده المتيطي بمن اشتهر بكنيته أو لقبه ، ورب مشهور بكنيته أو لقبه ولا يعرف اسمه كأشهب اسمه مسكين، وسحنون اسمه عبد السلام وإلا فيبعد مع طول العشرة عدم معرفة الاسم أفاده تت . «رغ» وإن لم يعرف الاسم ، كذا في النوادر عن ابن سحنون عن أبيه إن من عدل رجلا لم يعرف اسمه قبل تعديله ، وجعله ابن عرفة كالمنافي لقول سحنون في نوازله لا ينبغي لأحد أن يزكي رجلا إلا رجلا قد خالطه في الأخذ والإعطاء وسافر معه ورافقه ، ولقول اللخمي عن ابن المواز لا يزكيه حتى تطول المخالطة بينهما ، فيعلم باطنه كما يعلم ظاهره ، قال يريد علم باطنه في غالب الأمر لا إنه يقطع بذلك .

ابن عرفة وانظر قبول سحنون تزكية من لم يعرف الاسم مع تعقب بعض أهل الزمان تزكية الشاهد بعض العوام مع شهادته عليه بالتعريف بعد تزكيته إياه أو قبلها بقريب اه، والذي في أصل المتيطي ويجوز تزكية من لم يعرف اسمه إذا اشتهر بكنيته أو لقب لا يعز عليه ذكره ، ورب رجل مشهور بكنيته لا يعرف له اسم، وهذا أشهب بن عبدالعزيز لا يكاد أكثر الناس يعرف اسمه مسكين، وسحنون بن سعيد اسمه عبد السلام ، وقد غلب عليه سحنون في حياته وبعد وفاته ، وبه كان يخاطب نفسه .

ويقبل التعديل ممن اتصف بما سبق سواء ذكر سببه (أو لم يذكر) المعدل بالكسر لتعديله لتوقفه على أمور قد يعسر استحضارها وقته (بخلاف الجرح) بفتح الجيم ، أي التجريح للشاهد فلا يقبل إلا بعد بيان سببه ، لاختلاف العلماء فيه ، فربما اعتمد المجرح على ما لا يقتضيه كما وقع لبعضهم أنه جرح شاهداً فسئل عن سببه فقال رأيته يبيع ولا يرجح في الميزان . سئل الإمام مالك «رض» عن الذي يسأله القاضي عن حال الشاهد فيخبره ببعض ما يكون فيه الحد ، فقال إذا كان القاضي هو الذي سأله فكشف عن الشاهد فليس على المخبر شيء . الحط إذا قال أحد المجرحين في الشاهد هو كذاب ، وقال

أَوْ لَمْ يَذْكُرِ السَّبَبَ ، بِخِلَافِ الْجَرْحِ ، وَهُوَ مُقَدَّمٌ ،

الآخر فيه هو آكل ربا فليس بتجريح حتى يجتمعا على شيء واحد ، وإن قال أحدهما هو خائن ، وقال الآخر يأكل أموال اليتامى فهذا تجريح ، وقيل أيضاً إذا جرحه أحدهما بمعنى وجرحه الآخر بمعنى آخر فهذا تجريح لاتفاقهما على أنه رجل سوء . ابن حبيب وسألته عن تجريحهما إياه أنه رجل سوء غير مقبول الشهادة ، وقالا لا نسمي الجرحة فقال هي جرحة ولا يكشفوا على أكثر من هذا أفاده ابن سهل .

(و)إن زكى الشاهد مبرزون موصوفون بجميع ما سبق وجرحه آخرون كذلك ف(هو) أي الجرح (مقدم) بضم الميم والقاف والدال المهملة (على التعديل) سمع القرينان مالكاً رضي الله تعالى عنهم في الشاهد يعدله الرجلان، ويأتي المطلوب بالرجلين يجرحانه، قال ينظر في ذلك إلى الشهود أيهم أعدل . وقال ابن نافع المجرحان أولى ويسقط . وقال سحنون مثله . ابن رشد قول ابن نافع وسحنون هو دليل ما في كتاب السرقة من المدونة ورواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنهم ، وفي المسألة قول ثالث عن مطرف وابن وهب التعديل أولى من التجريح ، وهذا الاختلاف إذا لم يبين المجرحون الجرحة وتعارضت الشهادة ، فإن بين المجرحون الجرحة فلا اختلاف أن شهادتهم أعمل من شهادة المعدلين وإن كانوا أقل عدالة منهم ، ولكل قول منها وجه . ثم قال بعد توجيهها والقول بأن شهادة المجرحين أعمل هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب . ابن سهل تقديم الجرح على التعديل أصح في النظر ، وقائلوه أكثر ، وعليه العمل .

المتيطي الذي مضى به العمل أن التجريح أتم شهادة ، لأنهم علموا من الباطن ما لم يعرفه المعدلون ، وهو قول ابن نافع وسحنون ، وقال في نهايته شهادة التجريح أقوى من شهادة التعديل تبطل شهادة عدلين بالجرح شهادة العدد الكثير من الرجال بالعدالة ، لأن الجرح علم من حال المجرح ما لم يعلمه المزكي ، هذا هو القول المشهور من الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم في النوادر ومحمد بن عبدالحكم إذا عدل الشهود عندهم ثم أتى من يجرحهم فإنه يسمع الجرح فيهم أبداً ما لم يحكم ، فإن حكم فلا ينظر في

وإنْ شَهِدَ ثَانِياً : فَفِي ٱلاكْتِفَاء بِالتَّزْكِيَةِ ٱلأُولَى : تَرَدُّدٌ . وبِخِلاَفِها لِأَحَدِ وَلَدَيْهِ عَلَى ٱلآخَرِ ، أَوْ أَبَوَيْهِ : إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَيْلٌ لَهُ ،

حالهم بجرحة ولا بعدالة في ذلك الحكم اه . ابن الماجشون إن خرج رجلان عدلا ثم جاء الجرح بمن يعدله فلا يقبل ولو بألف عدل وقاله أصبغ اه . الحط والظاهر أن هذا على سبيل المبالغة ، والله أعلم .

(وإن شهد) المزكى بالفتح زمنا (ثانيا) مرة أخرى (ففي الاكتفاء بالتزكية الأولى) بضم الهمز رواه أشهب وأطلق . وقال الإمام مالك «رض» لا يحتاج لتعديل آخر إلا أن يغمز بشيء أو يرتاب منه، وقال ابن كنانة إن زكاه مشهور العدالة فلا يحتاج لاعادة تزكيته ونقل الباجي عنه المشهور بالعدالة يكفي فيه التعديل الأول حتى يجرح بأمر بين، والذي ليس بمعروف بها يتوقف في تعديله ثانياً أو لا يكفي التعديل الأول ولا بد من التعديل كلما يشهد حتى يكثر تعديله وتشتهر تزكيته ، وهذا لسحنون . ولابن القاسم إن كانت الشهادة الثانية قريبة من الأولى ولم يطل ما بينهما جداً كفت تزكيته الأولى، وإلا فليكشف عنه ثانياً طلبه المشهود أو لم يطلبه والسنة طول . ولأشهب إن شهد بعد خمس سنين ونحوها فيسأل عنه العدل الأول ، فان مات عدل مرة أخرى والا فلا يقبل . وقال ابن رشد ان شهد بالقرب من التزكية الأولى على قول سحنون ، وبعد طول على قول ابن القاسم ، ولم يجد من يزكيه ، فتقبل شهادته ولا ترد ، لأن طلب تزكيته ثانياً استحسان ، والقياس الاكتفاء بتزكيته الأولى ما لم يتهم بحدوث أمر (تردد) للمتأخرين في النقل عن المتقدمين بطرق كثيرة .

(وبخلافها) أي الشهادة من أب (لاحد ولديه على) ولده (الآخر) فتقبل ان لم يظهر من الاب ميل مع المشهود له على المشهود عليه ، فان ظهر الميل فلا تقبل كشهادته للبار على العاق أو للصغير على الكبير (أو) شهادة الابن لاحد (أبويه) على والده الآخر فتقبل (ان لم يظهر ميل) من الشاهد مع المشهود له على المشهود عليه وكان مبرزاً ، فان

وَلَا عَدُوٌّ وَلَوْ عَلَى ٱبْنِهِ، أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ، وَلْيُخْبِرْ بِهَـــا: كَقَوْلِهِ بَعْدَهَا: تَتَّهِمُنِي وَتُشَبِّهُنِي بِٱلْمَجَانِينِ: مُخَاصِماً لَا شَاكِياً

ظهر ميله فلا تقبل شهادته . ابن يونس الامام مالك «رض» في الابن يشهدلاحدوالديه على الآخر لا تجوز شهادته الا أن يكون مبرزاً، أو يكون ما يشهد بـــه يسيراً . «غ» الشرط راجع للصورتين قبله كما في ابن الحاجب، وصرح به ابن محرز .

(ولا) تقبل شهادة (عدو) عداوة دنيوية في مالأو ميراث أو تجارة أو جاهأومنصب ان شهد على عدوه، بل (ولو) شهد (على ابنه) أي العدو، وهذا قول ابن القاسمفي سماع عيسى، زاد ولو كان مثل ابن شريح وسليمان بن القاسم . ابن عرفة عبد الرحمنبن شريح أبو شريح المغافري وسليمانابن القاسم من أشياخ عبدالرحمن بن القاسم وصوبه ابنيونس

وأشار بولو لقول محمد بجوازها على ابن عدوه، وسواء كانت العداوة الدنيوية بـــين مسلمين أو بين (مسلم وكافر) فـلا تقبل شهادة مسلم على عدوه الكافر قاله المازري . عياض وهو الصحيح، إذ لو تمحض لله تعالى لم يزد على القدر المأذون فيه . «غ» هذا في حيز الإغياء، كأنه قال ولو طرأت العداوة الدنيوية بين مسلم وكافر . وأما العداوة الدينية كالتي بين المسلم والكافر من جهـــة كفره والتي بين العدل والفاسق لفسقه وجرأتــه على الله تعالى فـلا تمنع فتقبل شهادة الأول على الثاني فيهما لا العكس لمانع الكفر والفسق .

(وليخبر) العدل الذي شهد على عدوه الحاكم (بها) أي العداوة وجوباً بأن يقول له بيني وبين الذي شهدت عليه عداوة قاله الإمـام مالك «رض»، ليسلم من التدليس، ولاحتمال عدم قدحها إذا فسرت . ابن فرحون ومثلها قرابته للمشهود له، ومثل للعداوة فقال (كقوله) أي الشاهد للمشهود عليـــه (بعد) أداء (ها) أي الشهادة للحاكم (تشتمني وتشبهني بالمجنون) حال كونه (مخاصماً) للمشهود عليـــه بالقول المذكور فترد شهادته لتحقق عداوته له (لا) ترد شهادته بقوله المذكور حال كونـــه (شاكياً) أي معاتباً ومستجيراً لعدم تحقق عداوته له . «غ» كذا هو في نوازل أصبغ من الشهادات

نشتمني من الشتم لا تتهمني من التهمة . وقال فيه إنه لا يقدح ، وحكى ابن رشد عنه أنه فصل في الثمانية بين الخاصم والشاكي ، وحكى عن ابن الماجشون أنه قادح واستظهره ، وكلامه في التوضيح يدل على أنه لم يقف على نقل ابن رشد هذا .

البناني هـذا التفصيل الذي ذكره المصنف وهو قول أصبغ في الثمانية ، ولم يكمله المصنف ، ونصه على نقل ابن رشد كما في «ق» إن قاله على وجه الشكوى والإشهاد من الأذى لا على وجه طلب خصومة ولا سمى الشتمة فلا أراه شيئاً ، وإن سمى الشتمة وهي مما في مثلها الخصومة أو كان منه ذلك على وجه الطلب لخصومته ، وإن لم يسم الشتمة فشهادته باطلة ساقطة اهـ ، وهكذا نقله ابن عرفة ، ونقله في التوضيح ناقصاً كما هنا ، ولابن الماجشون تبطل شهادته بهذا القول من غير تفصيل ، قال لأنه أخبر أنه عدوه ولو قال ما هو أدنى من هذا سقطت شهادته . ابن رشد قول ابن الماجشون أصوب، قال ولهو هذا اختار اللخمي. قال طرح الشهادة في هذه المسألة أحسن إلا أن يكون مبرزاً، فالأولى الاقتصار على ما اختاره اللخمي وصوبه ابن رشد .

(واعتمد) الشاهد (في) شهادته بـ (إعسار) لمـدين أو زوج أو ولد أو شريك (بـ) طول (صحبة) للمشهود بإعساره (و) بـ (قرينة صبر) المشهود بإعساره على تحمل (ضرر) بجوع وعرى لدلالته عليه غالباً . وشبه في الاعتماد على الصحبة والقرينة فقال (كـ) الشهادة بـ (ضرر) أحد (الزوجين) الآخر فيعتمد الشاهد به على طول صحبتهما وقرينة صبر أحدهما على سوء عشرة الآخر . الحط يعني أن الشاهد بالإعسار وما أشبهه كالتعديل ، وضرر الزوجين يجوز له أن يعتمد فيما يشهد بـه على الظن القوي ، لأنه المقدور على تحصيله غالباً، ولو لم يحكم بمقتضاه لتعطل الحكم في التعديل والإعسار ونحوهما، فيعتمد في الإعسار على صحبته ومشاهدة صبره على الضرر كالجوع والعري مما لا يكون إلا مع الفقر ، فباء بصحبة بمعنى على . « غ » بصحبة أي مخالطة ، وبها عبر المازري . وفي بعض النسخ بمحنته أي امتحانه ، وهـذا كقول ابن شاس وابن الحاجب بالخبرة

وَلَا إِنْ حَرَصَ عَلَى إِزَالَةِ نَقْصٍ فِيمَا رُدَّ فِيهِ : لِفِسْقٍ ، أَوْ صِباً ، أَوْ رِقٍّ

الباطنة وعلى كل فهذه طريقة المازري ، وعند ابن عرفة احتمال في رجوع طريقة المقدمات اليها .

البناني ما ذكره المصنف مبني على أن الشاهد يكفيه الظن القوي فيما يعسر فيه العلم ، ابن عرفة وفي شرط شهادة غير السماع بقطع الشاهد بالعلم بالمشهود به مطلقاً وصحتها بالظن القوي فيما يعسر العلم به عادة طريقان ، الأولى للمقدمات لا تصح شهادة بشيء إلا بعلمه ، والقطع بمعرفته لا فيمايغلب على الظن معرفته، ثم قسم محصلات العلم الثانية للمازري إنما يطلب الظن القوي المزاحم للعلم بقرائن الأحوال كالشهادة بالإعسار ، وعلى هذا مر ابن شاس وابن الحاجب ، وهذا الظن الناشيء عن القرائن إنما هو كاف في جزم الشاهد بالمشهود به على وجه البت ، ولو صرح في أداء شهادته بالظن فلا تقبل ، ولعله مراد ابن رشد فتتفق الطريقتان . المازري ومنه الشهادة بالملك فإنه لا يمكن القطع به .

(ولا) تقبل الشهادة (إن حرص) بفتح الحاء المهملة والراء وإهمال الصاد الشاهد،أي اتهم في شهادته بالحرص (على إزالة نقص) عنه حصل له كشهادته بعد زوال مانعها(فيما) أي شيء أو الشيء الذي (رد) بضم الراء وشد الدال الشاهد (في) شهادته بـ (ه لفسق أو صبا أو رق) أو كفر فلا تقبل شهادته الثانية التي أداها بعد زوال مانعها بالتوبة والبلوغ والحرية والإيمان لاتهامه فيها بالحرص على إزالة نقص رد شهادته . ومفهوم رد أن من قام به مانع ولم يؤد الشهادة حاله وأداها بعد زواله فإنها تقبل لسلامتها من تهمة الحرص على إزالة نقص الرد ، إذ لا رد ، وهو كذلك عند ابن القاسم وأشهب فيمن قال لقاض يشهد لي فلان النصراني أو العبد أو الصبي فقال لا أقبل شهادته ، ثم زال مانعه فتقبل شهادته لأنها فتوى لا حكم .

ابن عبد السلام وابن عرفة الشيخ والمازري عن ابن سحنون عن أبيه جميع أصحابنا

أَوْ عَلَى التَّأَسِّي : كَشَهَادَةِ وَلَدِ الزِّنَا فِيهِ أَوْ مَنْ حُدَّ فِيمَا حُدَّ فِيهِ ،

على أن الشهادة إذا ردت لظنة أو تهمة أو لمانع من قبولها ثم زالت التهمة أو المانع من قبولها ، فاذا أعيدت فلا تقبل ا هـ ، واحترز بقوله فيما رد فيه مما لو أدى شهادة ولم ترد حتى زال المانع فانها تقبل بشرط إعادتها بعد زوال المانع ، في التوضيح وكذلك لو قال القائم بشهادته للقاضي يشهد لي فلان العبد أو الصبي أو النصراني فقال لا أجيز شهادته ، فان هذا ليس رداً لشهادته ، وتقبل شهادته بعد زوال مانعه ، لأن كلامه فتوى قاله غير واحد ، واحترز به أيضاً عن شهادته بعد زوال المانع في غير ما رد فيه فانها تقبل وهو كذلك .

(أو) حرص (على التأسي) أي مماثلة غيره له في نقصه ليخف عاره ، لأن المصيبة إذا عمت هانت ، وإذا خصت هالت . البناني الذي في القاموس ائتسى بـــه جعله أسوة والأسوة بالكسر والضم القدوة ، وليس فيه تأسى بهذا المعنى ، لكن نقل أبو زيد عن السراج عن الطبراني أنه يقال التأسي والائتساء في الاقتداء ، فحقق ذلك (كشهادة ولد الزنا فيه) اي الزنا فلا تقبل لاتهامه فيها بحرصه مشاركا غيره له في كونه ولد زنا (أو) شهادة (من) اي شخص او الشخص الذي (حد) بضم الحاء المهملة وشد الدال لزنا أو سكراً او قذف او سرقة ثم تاب وشهد (في) مثل (ما حد فيه) فلا تقبل لاتهامه بالحرص على التأسي ، هذا قول ابن القاسم .

وقال ابن كنانة تقبل ومفهوم فيما حد فيه ،ان شهادته في غير ما حد فيه تقبل وهو كذلك ، كمن حد لسكر ثم يشهد بقذف طفي قوله او على التأسي هذا من المانع الرابع ، ولذا لم يقرنه بلا لكن الأولى الاتيان بلفظ عام يندرج فيه إفراد المانع كما فعل في بقيتها ، وما أحسن قول ابن الحاجب . الخامس الحرص على إزالة التعيير باظهار البراءة أو بالتأسي كشهادته فيما رد فيه لفسق أو صبا أو رق أو كفر ، وكشهادة ولد الزنا في الزنا اتفاقـــاً وكشهادة من حد في مثل ما حد فيه على المشهور ا هـ . والتعيير بالعـين المهملة مصدر عير قاله في التوضيح .

وَلاَ إِنْ حَرَصَ عَلَى ٱلْقَبُولِ : كَمُخَاصَمَةِ مَشْهُودٍ عَلَيْـــهِ مُطْلَقاً ، أَوْ شَهِدَ وَحَلَفَ ، أَوْ رَفَعَ قَبْلَ الطَّلَبِ فِي مَحْضِ حَقِّ ٱلْآدَمِيِّ ،

(ولا) تقبل الشهادة (إن حرص) أي اتهم الشاهد بالحرص (على القبول) لشهادتـه (كمخاصمة) أي محاكمة الشاهد لـ (مشهود عليه مطلقاً) عن التقييد بكون المشهود به حق آدمي لدلالتها في حق الآدمي على التعصب مع المشهود له والحرص على القبول في حق الله تعالى . المازري مخاصمتهم تدل على الحرص على انفاذها ، وقد يحملهم ذلك على تحريف أو زيادة فيها . طفي الأولى الإتيان بعام تندرج فيه أفراد المانع ، لأن قوله أو رفـــع قبل الطلب لا يشمله مـــا قبله ، وعبارة ابن الحاجب السادس الحرص على الشهادة في التحمل والاداء والقبول ، ثم ذكر الخـــلاف في الافراد فالأولى ، ولا إن حرص على الشهادة في الأداء والقبول ، ثم بعد الفراغ من إفرادهما يقول بخـــلاف الحرص على التحمل . البناني الأولى ولا إن حرص على الشهادة ليشمل الرفع قبل الطلب لأنه حرص على الأداء لا على القبول ، إذ القبول فرع الأداء وهو لم يحصل الآن .

(أو) كمن (شهد وحلف) على صحة شهادته فترد لاتهامه بالحرص على قبولها قـــاله ابن شعبان وظاهره ولو عامياً في التبصرة . وأمـــا الحرص على القبول فهو أن يحلف على صحة شهادته إذا أداها ، وهذا قادح فيه لأن اليمين دليل على التعصب وشدة الحرص على نفوذها اﻫ ، وهو ظاهر في أن اليمين القادحة هي الواقعة عند الاداء خلاف مـــا يقتضيه قول «ز» قدم الحلف على الشهادة أو أخره،والله أعـــلم . ولا يخفى أن الحلف عند الاداء صادق بتقديمه عليه وتأخيره عنه ، والله أعلم .

(أو رفع) الشاهد شهادته للحاكم وأداها له (قبل الطلب) لها منه (في محض) بفتح الميم وسكون الحاء المهملة فضاد معجمة أي خالص (حق آدمي) أي ماله إسقاطه، وإن كان لله تعالى فيه حق أيضاً بأمره بتوفيته لمستحقه فلا تقبل للاتهام بالحرص على الأداء والتعصب مع المشهود ، نعم يجب عليه أن يعلم صاحب الحق بانه شاهد له إن كان حاضراً فإن لم يعلمه فروى عيسى عن ابن القاسم أنه مبطل لشهادته الأخوان إلا أن يعلم صاحب

وَفِي مَحْضِ حَقِّ ٱللهِ : تَجِبُ ٱلْمُبَادَرَةُ بِٱلْإِمْكَانِ ، إِنِ ٱسْتُدِيمَ تَحْرِيمُهُ : كَعِتْقٍ وَطَلَاقٍ وَوَقْفٍ وَرَضَاعٍ ، وَإِلَّا خُيِّرَ : كَالزِّنَا

الحق بعلمهم ، وجعله ابن رشد تفسيراً سحنون لا يكون جرحة إلا في حق الله تعالى، لأن صاحب الحق إن كان حاضراً فقد ترك حقه ، وإن كان غائباً فليس للشاهد شهادة، ويلزم على هذا أنه إن كان حاضراً ولا يعلم أن تلك الرباع له بان يكون أبوه أعارها أو أكراها لمن هي بيده والولد يعلم انها لأبيه أن على الشاهد أن يعلم الولد بذلك وإلا بطلت شهادته وعندي أن ذلك إنما يكون جرحة إذا علم انه إن كتم ولم يعلم بشهادة بطل الحق أو دخل بذلك في مضرة أو معرة ، وأما في غير ذلك فلا يجب الإعلام بها ، لأنه لا يدري لعل صاحب الحق تركه .

(وفي محض حق الله) وهو ما ليس للمكلف إسقاطه (تجب المبادرة) من الشاهد بالرفع للحاكم قبل الطلب (بـ) حسب (الإمكان) فلا يضر التأخير لعذر لا يمكن الرفع معه ، ومحل وجوب المبادرة بالرفع (إن استديم تحريم) ارتكابـ(ـه) أي المشهود به (كعتق) لرقيق مع استمرار استيلاء المعتق على المعتق استيلاء المالك على ملكه (وطلاق) بائن لزوجة مع دوام معاشرة الزوج لها معاشرة الأزواج (ووقف) مع استمرار حيازة الواقف الوقف وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه، وظاهره كالباجي وابن رشد سواء كان على معين أو غيره وقيده بالجواهر بالثاني (ورضاع) بين زوجين (وإلا) أي وإن لم يستدم تحريمه (خير) بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مثقلة الشاهد بين الرفع وتركه (كالزنا) غير المستدام ، قال رسول الله ﷺ من ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة، رواه مسلم .

عياض هذا في غير المشهور بالفسق والمعاصي ، وأما هو فقد كره الإمام مالك «رض» وغيره الستر عليه ليرتدع عن فسقه ، ونصه هذا الستر في غير المشتهرين الذين تقدم في الستر وستروا غير مرة فلم يدعوا وتمادوا فكشف أمرهم وقمع شرهم مما يجب ، لأن كثرة الستر عليهم من المهاودة على معاصي الله تعالى ومصافاة أهلها ، وهذا أيضاً في كشف معصية انقضت وفاتت فإما إذا عرف انفراد رجل بعمل معصية أو اجتماع جماعة على

معصية فليس الستر هنا السكوت عليها وتركهم وإياها ، بـــل يتمين على من عرف ذلك إذا امكنه تغييرهم عن ذلك بكل حال وان لم يتفق لـــه ذلك إلا بكشفه لمن يعينه أو السلطان فليفعل .

وإما ايضاح حال من يضطر إلى كشفه من الشهود والامناء والمحدثين فبيان حالهم ممن يقبل منه وينتفع به مما يجب على أهله ، فأما الشاهد فعند طلب ذلك منه أو رؤية الحاكم يقضى بشهادته وقد علم منه ما يسقطها فيجب رفعه . وأما في أصحاب الحديث وحملة العلم المقلدين فيه فيجب كشف احوالهم السيئة لمن عرفها ممن يقلد في ذلك ويلتفت إلى قوله لئلا يغتر بهم ويقلدوا في دين الله تعالى ، على هذا اجتمع رأي الائمة قديماً وحديثاً، وليس الستر ههنا بمرغب فيه ولا بمباح ا هـ .

(بخلاف الحرص على التحمل) للشهادة فلا يقدح فيها (كالمختفى) بضم الميم وسكون الخاء المعجمة وكسر الفاء، أي المتواري عن المشهود عليه الذي يقر بما عليه سراً فيما بينه وبين مستحقيه ، وينكره إذا حضره من يشهد عليه ، فإذا اختفى منه عدلان أو سمعا إقراره لصاحبه في الخلوة وضبطاه وشهدا عليه به فالمشهور العمل بشهادتهما عند الإمـــام مالك «رض» وعامة أصحابه ، ولا يقدح فيها حرصهما على تحمل الشهادة . ابن الحـــاجب ففي التحمل كالمختفي لتحملها لا يضر على المشهور . محمد إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعاً ولا خائفاً . خليل قول محمد تتميم للمشهور ، ففي الموازية الإمام مالك «رض» في رجلين قعد الرجل من وراء حجاب يشهدان عليه ، قال إن كان ضعيفاً أو مخدوعاً أو خائفاً فلا يلزمه ويحلف ما أقر إلا لما ذكر وإن كان على غير ذلك لزمه ولعله يقر خالياً ويأبى من البينة فهذا يلزمه ما سمع منه ، قيل فرجل لا يقر إلا خاليـــاً فاقعد له بموضع لا يعلمه للشهادة عليه، قال لو أعلم أنك تستوعب أمرهما، ولكني أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله ، ولعله قال له سراً إن جئتك بكذا ، أما الذي لي عليك فيقول لك عندي كذا ، فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز ا هـ .

ابن عرفة ابن رشد شهادة المختفي لا خفاء في ردها على القول بلغو الشهادة على إقرار

المقر دون قوله اشهد علي، وإنما اختلف فيها من أجاز ذلك فمنعها سحنون مطلقاً، ومنهم من كره الاختفاء لتحملها وقبلها إن شهدا بهـا وهم الأكثر وهو ظاهر قول عيسى هنا . خلاف قول ابن القاسم في تفرقته بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله وبـين من يؤمن ذلك منه ، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة لزمته الشهادة عليه ، وإنما يصدق مع يمينه إذا قال أقررت لوجه كذا مما يشبه ا هـ . ودل المشهور هنا على انه ليس من شرط صحة الشهادة على الإقرار قول المقر إشهد علي ابن عبد السلام في هذا قولان .

(ولا) تقبل الشهادة (إن استبعد) بضم الفوقية وكسر العين وقوع مثلها عـادة (كـ) شهادة رجل (بدوي) منسوب للبادية لسكناه بها (لـ) رجل (حضري) منسوب للحاضرة لسكناه بها على حضري أو بدوي فلا تقبل لبعدها عـادة ، إذ لم تجر بإشهاد البدوي مع وجود الحضريين . اللخمي والمازري هـذا إذا كتب البدوي الوثيقة بخطه وهما في الحضر مع تيسر إشهاد الحضريين . وأما لو مرا به بالبادية أو سمع إقرار المشهود عليه في الحاضرة فتقبل لعدم بعدها حينئذ . ابن عرفة ابن رشد حاصل سماع ابن القاسم وما ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم أن شهـادة أهل البادية فيما يقصد إلى إشهادهم عليه دون أهل الحاضرة فيما يقع بالحاضرة من عقود معاوضة ووصيـة وتدبير وعتق ونكاح وشبهها لا تجوز ، فلا شهـادة لبدوي في حضر على حضري ، ولا على بدوي ولا لبـدوي على حضري إلا في الجراح والقتل والزنا وشرب الخمر والضرب والشتم وشبهها مما لا يقصد الإشهاد عليه . وتجوز فيما يقع بالبادية من ذلك كله على حضري أو بدوي ، فعلى هذا لو حضر أهل البادية شيئاً مما يقع في الحاضرة بين أهلها وغيرهم من معاملة وغيرها دون أن يحضروا لذلك ، أو يقصد إلى إشهادهم فشهدوا بما حضروه جازت شهادتهم إن كانوا عدولاً ا هـ ، وأما شهادة الحضري على البدوي ففيهـا خلاف في التوضيح .

(بخلاف) شهادة البدوي بإقرار الحضري (إن سمعه) أي البدوي إقراراً لحضري

أَوْ مَرَّ بِـــهِ ، وَلَا سَائِلٍ فِي كَثِيرٍ ، بِخِلَافِ مَنْ لَمْ يَسْأَلْ ، أَوْ يَسْأَلِ ٱلْأَعْيَانَ ، وَلَا إِنْ جَرَّ بِهَا نَفْعاً : كَعَلَى مُوَرِّثِهِ ٱلْمُحْصَنِ

فتقبل لعدم بعدها (أو) شهادة البدوي لحضري على حضري أو بدوي بمعاملة ببادية إن (مر) الحضري (به) أي البدوي وهو ببادينه فتقبل ، إذ لا بعد فيها . ومفهوم كلام المصنف قبول شهادة الحضري على البدوي . ابن وهب وأنا أقول إنها جائزة إلا أن يدخلها ما دخل شهادة البدوي من الظنة والتهمة ، ورأى قوم منعها (ولا) تقبل شهادة شخص فقير (سائل) أي طلب الإعطاء من غيره (في) مال (كثير) تعامل فيه غنيان لبعدها ، لأن شأن الأغنياء كتم أموالهم الكثيرة وإخفاؤها عن السائلين ..

ومفهوم كثير قبول شهادته في التافه اليسير إن كان عدلاً وهو كذلك في المدونة . طفى هذا منتظم في سلك الاستبعاد ومن إفراده ، فالأولى تجريده من لا ، إذ لا يعيدها إلا المانع لا لإفراده كما فعل في سائر الموانع ، وكأنه فعل ذلك لئلا يتوهم عطفه على ما قبله ، ولكن هذا ليس بعذر ، فلو قال عقب قوله حضري أو سائل في كثير الخ . ثم قال بخلاف إن سمعه أو مر به ليعود للمسألتين كما هو النقل لكان أحسن . البناني المانع في هذا هو الاستبعاد أيضاً ، فيقيد بما قيد به ما قبله من قوله ، بخلاف إن سمعه أو مر به ويفهم من قوله في كثير أنها في الأموال لا الحرابة والقتل ونحوهما . تت ظاهر كلامه سواء سأل لمصيبة نزلت به أم لا ، وقال ابن كنانة من سأل لمصيبة نزلت به أو دية وقعت عليه فلا ترد شهادته .

(بخلاف من) أي فقير (لم يسأل) الناس شيئاً ، سواء كان يأخذ إن أعطى أم لا فتقبل شهادته . ابن يونس بعض أصحابنا تجوز شهادته إن كان يقبل ممن يعطيه من غير مسألة ، لأنه قد جاء ما أتاك من غير مسألة ، فإنما هو رزق رزقه الله تعالى اهـ واختاره اللخمي (أو) من (يسأل) الإمام أو (الأعيان) جمع عين أي الأكابر من الناس فتقبل شهادته في الكثير . ابن الحاجب على الأصح (ولا) تقبل الشهادة (إن جر) الشاهد (بها) أي الشهادة (نفعاً) لنفسه (كـ) شهادة فقير (على مورثه المحصن بالزنا أو قتل

بِالزِّنا ، أو قَتْلِ العَمْدِ إلَّا الفَقِيرَ ؛ أو بِعِتْقِ مَنْ يُتَّهَمُ في وَلَائِهِ ،
أو بِدَيْنٍ لِمَدِينِه ،

العمد) العدوان فلا تقبل لاتهامه يقصد قتله ليرثه . وخرج بالمحصن البكر وبالعمد الخطأ فتقبل لعدم التهمة .

وقيد أشهب عدم القبول بكون المشهود عليه غنياً ، واعتمده المصنف فقال (إلا) المورث (الفقير) فتقبل شهادة وارثه عليه بالزنا أو قتل العمد لعدم التهمة (أو) شهادة (بعتق من) أي رقيق (يتهم) بضم التحتية الشاهد (في) الاختصاص بـ (ولاية) عن الإناث من ورثة معتقه والرقيق ذو مال ، فإن لم يتهم فيه لعدم الإناث في الورثة أو عدم مال الرقيق فتقبل الشهادة بعتقه . ابن عرفة في ثاني عتقها إن شهد وارثان أن الميت أعتق هذا العبد ، فإن كان معهما نساء والعبد يرغب في ولائه فلا تجوز شهادتهما ، وإن كان لا يرغب في ولائه أو لم يكن معهم نساء جازت شهادتهما .

(أو) شهادة (بدين لمدينه) أي الشاهد فلا تقبل لاتهامه بقصد أخذه في دينه الذي على المشهود له ، وظاهره كان المشهود له غنياً أو فقيراً اتحد الدينان في الصفة أو اختلفا كان الدين حالاً أو مؤجلا . ومفهوم بدين أن شهادته له بغير المال مقبولة وهو كذلك قاله غير واحد من الأشياخ . وفي العتبية من سماع ابن القاسم جواز شهادة رب الدين للمديان ابن القاسم بلغني عن مالك رضي الله تعالى عنه أنهـا تقبل إذا كان المدين موسراً ، وإن كان معسراً فلا تقبل . ابن رشد هذا الذي بلغه هو تفسير مـا سمعه مجملا ، وهـذا إذا كان الدين حالاً أو قريب الحلول ، وأما إن بعد فجائزة كما لو كان مليـاً وكان المصنف لم يعتبر قول ابن رشد أنه تفسير قاله تت .

طفى فيه نظر ، لأنـه إذا لم يعتبر قول ابن رشد أنه تفسير يكون قول ابن القاسم بالجواز مطلقاً ، وما بلغه خلافاً له ، فأين مستند المصنف بالمنع مطلقاً ، فلا بد من القيـد وهو ظاهر ابن شاس وابن الحاجب ، وأنه لا خصوصية للشهادة بالدين ، ولذا قـال ابن مرزوق لو قال أو بمال لمدينه المعدم أو الملد لجمع القيود كلها ا هـ ، ونوقش ببقاء قيد الحلول

أو قريبه ، وعذر تت متابعة التوضيح التابع لقول ابن عبد السلام في المسألة ثلاثة أقوال ردها مطلقاً ، وعزاه لابن القاسم وجوازها مطلقاً لأشهب ، ولبعضهم التفرقة بعد الملىء والمعدم وتبعها في الشامل ، وفيه نظر ، إذ لم أجد المنع مطلقاً لابن القاسم ، وعلى كلام ابن رشد المتقدم اقتصر ابن عرفة ولم يحك فيها خلافاً ، ولعلهما لم يقفا على كلام ابن رشد بدليل عزوهما التفرقة لبعضهم وهو في كلام ابن رشد لمالك فيما بلغ ابن القاسم ، وذلك كله في العتبية ، وقد أشار « ح » لما قلناه ، والله أعلم .

(بخلاف) شهادة الشخص (المنفق لـ) لمشخص ا (لمنفق عليه) فإنها تقبل قريباً كان أو أجنبياً . ابن عرفة الصقلي عن ابن حبيب إن كان المشهود له في عيال الشاهد جازت شهادته له ، إذ لا تهمة . بعض المتأخرين إن كان المشهود له من قرابة الشاهد كأخيه انبغى أن لا تجوز شهادته له بمال لأنه وإن كانت نفقته لا تلزمه فإنه يلحقه بعد نفقته عليه وصلته معرة ، وإن كان المشهود له أجنبياً جازت شهادته له . الصقلي هذا استحسان ، ولا فرق بين القريب والأجنبي في روايه ابن حبيب ، والمسألة مقيدة بما إذا أنفق عليه لا ليرجع عليه ، وإلا فهي مما دخل في قوله أو لمدينه بدين . الحط وأما شهادة المنفق عليه للمنفق فلا تقبل كما نقله الشارح عنها ، ونقل في المسائل الملقوطة أنها مقبولة إذا كان مبرزاً ، وذكر نصها وقال عقبه لعل صوابه المنفق للمنفق عليه وهي صورة المصنف وإلا فهو مشكل ، والله أعلم .

(و) بخلاف (شهادة كل) من الشاهدين (للآخر) فإنها تقبل ، سواء شهد الثاني للأول على المشهود عليه أو على غيره إن كانت شهادة الثاني للأول بغير المجلس الأول ، بل (وإن) شهد الثاني للأول (بالمجلس) الأول هذا هو المشهور ، وقول ابن القاسم ابن عرفة سمع أبو زيد ابن القاسم إن شهد رجلان كل منهما لصاحبه بعشرة دنانير على رجل في مجلس واحد جازت شهادتهما إن كانا عدلين . ابن رشد في صحة شهادة المشهود له لمن شهد له في مجلس واحد وسقوطها . ثالثها إن كانت على رجلين ، وإن كانت في مجلسين جازت على رجلين ، وفي جوازها على رجل واحد قولان .

اللخمي عن الأخوين إن كانت على رجل واحد في مجلس واحـد لم تجز ، وإن كانت شيئاً بعد شيء جازت ولو تقارب ما بين الشهادتين ، وإن كانت على رجلين جازت ، وإن كانت بمجلس واحد وأرى رده جيماً ولو كانت على رجلين بمجلسين لفظاً أو بكتـاب لتهمتهما إلا أن يطول ما بينهما. المازري إن شهد رجلان بدين على رجل لرجلين شهدا لهما بدين عليه بمجلسين جازت ولو تقاربا ، وإن كانت بمجلس واحد ففي سقوطها نص قول الأخوين ، وظاهر قول أصبغ ثم ذكر اختيار اللخمي وأقره تت تلخص من كلامـه منطوقاً ومفهوماً . صور الأولى أن يشهد الشاهد على رجل بأن عليه لفلان عشرة دراهم ويشهد فلان المشهود له بأن للمشهود عليه للشاهد عشرة دراهم بمجلس واحد ، ففي هذه الصورة اتحد المشهود عليه والمشهود به والزمان والمكان،فقال فيهما مطرف وابن الماجشون لا تقبلان ، وظاهر كلام المصنف قبولها وهو ظاهر كلام ابن القاسم .

الثانية : تعدد المشهود عليه وباقيها بحاله ، والمذهب قبولها ، ورأى اللخمي عدمه .

الثالث : تعدد المجلس والباقي بحاله ، وهي كالتي قبلها فيما تقـدم . وحكى المازري الإتفاق فيها ولم يعتبر رأي اللخمي .

الرابعة : اختلاف الكل وطول الزمان ولم يعلم خلاف في قبولها فيها .

(و) بخلاف شهادة (القافلة بعضهم لبعض في حرابة) على المحاربين فتقبل مع العداوة للضرورة ، وظاهره كانوا عدولاً أو لا . وفيها إن كانوا عدولاً وسواء شهدوا بمال أوقتل أو غيرهما . طفي قوله وظاهره كانوا عدولاً أولا ، ليس هذا ظاهر كلام المصنف ، لأن كلامه في مقبول الشهادة . البناني وهذا إذا شهدوا في حرابة . وأما إن شهد بعضهم على بعض في معاملة ففي « ق » روى الأخوان عن الإمـام مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم أنها جائزة للضرورة بمجرد توهم الحرية والعدالة في ذلك السفر وحده ، وإن لم تتحقق العدالة وعليه درج في التحفة إذ قال :

ومن عليـه وسم خير قد ظهر زكى إلا في ضرورة السفـر

ابن عرفة فيها تجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولا * إذ لا سبيل إلى غير ذلك شهدوا بقتل أو أخذ مال أو غيره ، ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه ، وتقبل شهادة بعضهم لبعض . وسمع يحيى بن القاسم إن شهد مسلوبون على أن هؤلاء سلبوناهذه الثياب والدواب وهي قائمة بأيديهم أقيم عليهم بشهادتهم ولا يستحقون المتاع ولا الدواب إلا بشهيدين سواهما . ابن رشد قيل هذه مخالفة لما فيها ، إذ لم يقل يحلف كل منهما مع شهادة صاحبه ويستحق حقه على قبيل قوله في سرقتها أنه يقام على المحاربين الحد ويعطون المال بشهادة بعضهم لبعض . وقيل ليست مخالفة له ومعنى السماع أنهما شريكان في المتاع والدواب ، فلذا سقطت شهادة أحدهما للآخر . وقيل يستحقان الدواب والمتاع وان كانا شريكين فيهما وهو الآتي على رواية مطرف في أن شهادة شهيدين من المسلوبين على من سلبوهم جائزة في الحد والمال لأنفسهما ولأصحابهما ، لأنها إذا جازت في الحد جازت في المال لأنفسهما ولغيرهما ، إذ لا يجوز بعض الشهادة ويرد بعضها .

وقيل لا تجوز في حد ولا في مال لغيرهما ، إذ لم تجز لأنفسهما ، لأن من اتهم في بعض شهادته ردت كلها ، وهذا قول أصبغ . ثم قال ففي صحتها في الحد والمال ولو لأنفسهما وردها فيهما ولو بالمال لغيرهما. ثالثها في الحد والمال لغيرهما لا لأنفسهما ، ثم قال ورابعها لا تجوز من أقل من أربعة فتجوز في الحد . وفي أموال الرفقة ولا في أموال الشهداء هذا كله إن كان ما شهدوا به لأنفسهم كثيراً ، وإن كان يسيراً لا يتهمون عليه جازت لهم ولغيرهم لا يدخل فيه الإختلاف الذي في الوصية لموضع الضرورة ، ولو شهدوا عليهم بالسلب دون المال جازت عليهم في الحد وبعضهم لبعض بعد ذلك فيما وجد بأيديهم من المال اتفاقاً فيهما .

(لا) تقبل شهادة القوم (المجلوبين) بالجيم ، أي العسكر الذين جلبهم وأرسلهم السلطان لحراسة ثغر ونحوه لبعضهم على أهل الثغر أو نحوه الذي أقاموا به (إلا) الشهود الكثيرين (كعشرين) عدلا منهم وأباه سحنون في العشرين ، لأنهم تأخذهم حمية

البلدية . الخرشي يعني أن المجلوبين لا تجوز شهادتهم بعضهم لبعض إلا أن يكثروا ويشهد منهم كالعشرين فأكثر فتقبل ، ولا تجوز شهادة بعضهم لنفسه ، وهل تشترط العدالة في العشرين أو لا الأول للتونسي،والثاني للخمي ، وكون العشرين شاهدين صرح به التونسي وأبو الحسن ، والمجلوبون قوم أرسلهم السلطان لسد ثغر أو حراسة قرية أو قوم كفارأتوا مترافقين لبلد الإسلام أسلموا استرقوا أم لا ، لاتهامهم بحمية البلديـــة . العدوي المعتمد اشتراط عدالة العشرين وقول اللخمي ضعيف .

طفي عمم في توضيحه ومختصره في عدم قبول شهادة المجلوبين وقرره تت وغيره على ذلك ، والمسألة مفروضة في الشهادة بالنسب ، وبها قرره ابن مرزوق ، ففيها المحمولون إذا اعتقوا فادعى بعضهم أنه أخ لبعض أو عصبتهم ، قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أما أهل البيت والنفر اليسير يحملون إلى أرض الإسلام ويسلمون فلا يتوارثون بقولهم ولا تقبل شهادة بعضهم لبعض إلا أن يشهد لهم بذلك من كان ببلدهم من المسلمين . وأما أهل الحصن والعدد الكثير يحملون إلى أرض الاسلام ويسلمون فتقبل شهادة بعضهم لبعض ويتوارثون بذلك. وفيها أيضاً كل بلد فتحت عنوة وأقر أهلها فيها وأسلموا وشهد بعضهم لبعض فإنهم يتوارثون بأنسابهم التي كانت في الجاهلية ، وهم على أنسابهم التي كـــانوا عليها كما كانت العرب حين أسلمت ، وكذلك الحصن يفتح وشبهه بخلاف العدد القليـــل يحملون الينا .

ابن القاسم وأصبغ العشرون عدد كثير وأباه سحنون . أبو الحسن هذا خـــاص بشهادتهم بالنسب ، وهل تشترط العدالة أو لا تشترط خلاف أطال الكلام في تحقيقه ، واختار منه الاشتراط اهـ ، « ق » . ابن حبيب عن الأخوين رأينا مالكاً وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم يجيزون للضرورة شهادة بعض أهـــل الرفقة بعضهم على بعض إذا عرض لهم خصام فيما يدور بينهم من البيع والكراء والسلف والمعاملة بتوسم الحريـــة والعدالة في ذلك الشاهد ، كانوا من بلد واحد أو بلدان شتى ، ولا تجريح للخصم.فيهم عند ابن الماجشون ولا تجوز شهادتهم بعضهم على بعض في الحدود والغصب ، لأن هذه

الوجوه لا شهادة فيها إلا بالعدالة الظاهرة ، وإنما اجيزت فيما ذكرنا لاصلاح السبيل ورد أكثر الشر اهـ من المفيد ، فانظره مع قول الرماصي المسألة مفروضة في الشهادة على النسب ، والله أعلم .

(ولا) تقبل شهادة (من شهد له) أي الشاهد لنفسه (بـ) مال (كثير ولغيره) أي الشاهد بقليل أو كثير (بوصية) للتهمة . وفي الجلاب قبولها لغيره فقط (وإلا) أي وإن لم يشهد لنفسه بكثير وشهد لها بقليل أو كثير بها (قبل) بضم فكسر ما شهد به لهما . هذا قول ابن القاسم في المدونة ، وظاهره كانت الوصية مكتوبة أم لا .

فيها لابن القاسم قال الإمام مالك «رض» عنهما فيمن شهد لرجل في ذكر حق له فيه شيء ، فلا تجوز شهادته له ولا لغيره بخلاف شهادته على وصية أوصى له فيها بشيء تافه لا يتهم عليه فتجوز له ولغيره ، لأنه لا ينبغي أن تجاز الشهادة ويرد بعضها ، وقال الإمام مالك «رض» في رجل هلك فشهد رجل انه اوصى لقوم بوصايا ووصى للشاهد بوصية أو أسند الوصية إلى الشاهد وهو يشهد على جميع ذلك ، فإن كان الذي شهد به لنفسه تافها لا يتهم فيه جازت شهادته .

ابن يونس فرق بين الوصية وغيرها ، والفرق بينهما أن الوصية فيها ضرورة ، إذ قد يخشى الموصى معالجة الموت ولا يحضره إلا الذي أوصى له ، ولا ضرورة تلحق المشهد في غيرها من الحقوق ، وكما أجازوا شهادة الصبيان للضرورة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ، فكذلك هذه . طفي قوله ولا شهد له الخ الأولى تجريده من لا ، لأنه من سلك ما قبله وتوهم عطفه على ما قبله ليس بمسوغ لذلك ، ثم فيه تعدى فعل الفاعل المتصل إلى ضميره المتصل ، وذلك خاص بأفعال القلوب إلا أن يجاب بأنه لا يتعلق بشهد ، بل بما بعده وهو كثير وفيه تكلف ، ويصير في الكلام ركاكة ، وما أحسن قول ابن الحاجب فلو شهد لنفسه ولغيره في وصية ، فإن كان ماله كثيراً لم يقبل فيهما . البناني لا يبعد إجراء شهد مجرى أفعال القلوب لرجوعه للعلم .

قلت الظاهر أن الخاص بأفعال القلوب رفعها ونصبها بلا واسطة حرف جر ضميري

واحد ، نحو علمتني وخلتني . وأما رفع أحد الضميرين ونصب الآخر بواسطة حرف الجر فليس خاصاً بأفعال القلوب ، نحو اشتريت لي ووكلت لي واكتريت لي ، والله أعلم .

(ولا) تقبل شهادة الشاهد (إن دفع) الشاهد بها عنه ضرراً (كشهادة بعض العاقلة) للمشهود عليه بالقتل (بفسق) الـ (شهود) الشاهدين عليه بـ (القتل) خطأ لاتهامهم بقصدهم إسقاطهم غرم الدية عن أنفسهم ، عدا بن الحاجب من موانع الشهادة ان يجرأ ويدفع بها،قال أما الدفع فكشاهدة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ . ابن عبد السلام أطلقوا القول برد هذه الشهادة مع أن الفقير لا يلزمه شيء ، والذي يلزم الغني أداؤه يسير جداً ، فتأمل هذا ، وقابله بقول ابن المواز يقيل هذا اهـ ، فاخذ المصنف منه تقييد الشاهد بالفسق بكونه غنياً ، وتبعه الشارح وتت وعب وشب ، واعتمده البناني والعدوي .

(أو) كشهادة (المدان) بضم الميم وتخفيف الدال أي المدين (المعسر) في الواقع الظاهر الملاء الذي يخشى حبسه حتى يثبت عسره (لربه) أي الدين فلا تقبل لاتهامه بقصد دفع ضرر حبسه في دينه،ومفهوم المعسر ان شهادة المدين الغني الذي لا يضره دفع ماعليه ولا يخشى حبسه فيه له مقبولة ، وهو كذلك لعدم التهمة ، وكذا إن كان الدين مؤجلا باجل بعيد ، سواء شهد له بمال او استحقاق قصاص او حد قاذف او تاديب ساب ، لأن غير المال قد يكون من اهم المال خلافاً لنقل ابن زرقون عن أهل النظر إجازة شهادة المدين المعسر لربه بغير المال أفاده الخرشي .

ابن عبد السلام إذا كان المانع من قبول الشهادة كونه أسيره فلا فرق بين المال وغيره، وربما كان غير المال اهم عند المشهود له من المال. ابن عرفة إن كان الدين للمشهود له على الشاهد ففي سماع زونان لأشهب جوازها كان ملياً او معدماً ، خلاف قول ابن القاسم في

هذا السماع ، يريد والدين حال أو قريب الحلول ، لأنه يتهم على أن يوسع له في أجل الدين ويؤخره به كانت شهادته له بمال أو غيره ، ولم ير أشهب هذه تهمة في العدل كان الدين المشهود له على الشاهد أو بالعكس . الباجي إن كان للمشهود له دين على الشاهد ، فإن كان غنياً قبلت ، وإن كان فقيراً ردت قاله ابن القاسم وأشهب ، والأخوان قالا لأنه كأسير بيده إن كان الدين حالاً أو قريب الحلول ، وإن بعد أجله جازت على قول سحنون وردت على قول ابن وهب . ومعنى الغنى هنا أن لا يستضر بإزالة هذا المال عنه ، فلو كان عنده كفافه فالضرر يلحقه بتعجيله منه فترد شهادته .

البناني ضبط في التوضيح المدان بتخفيف الدال اسم مفعول من أدان الرباعي كأقام ، وهو في بعض نسخ ابن الحاجب بشد الدال على أنــه اسم فاعل من ادان المشدد الدال الخماسي ، وأصله ادتين على وزن افتعل ، وكلاهما صحيح . قــال في مختصر العين ادنت الرجل أعطيته ديناً ، وهذا يشهد للأول ، ثم قال وادان واستدان ودان أخذ الدين وهذا يشهد للثاني ونحوهما للجوهري إلا أنه فسر الخماسي باستقرض بعدما قال دنت الرجل أقرضته فهو مدين ومديون .

(ولا) تقبل شهادة (مفت) بضم الميم وسكون الفــاء ، أي مخبر بحكم شرعي على غير وجه الإلزام (على مستفتيه) أي طالب الفتوى من المفتي (إن كان) المسؤول عنــه (مما ينوى) بضم الياء وفتح النون والواو مثقلاً ، أي تقبل النية (فيه) من المستفتي عند المفتي ولو أقر به عند القاضي ، أو شهدت عليه به عنده بينة لم تقبل نيته وحكم عليــه بظاهر لفظه كقوله للمفتي كانت زوجتي موثقة ، فقالت لي أطلقني ، فقلت لها أنت طالق ناوياً من الوثاق فأفتاه بأنه لا شيء عليه ، فإن رفعته زوجته للقاضي فأنكر فطلبت من المفتي الشهادة على إقراره فلا يشهد عليه به قاله ابن القاسم . ابن المواز فإن شهد لها عليــه به فلا تقبل شهادته (وإلا) أي وإن لم يكن مما ينوى فيه عنــد المفتي (رفع) المفتي الشهادة للقاضي وشهد بإقراره الذي سمعه منه إن أنكره . ابن يونس من العتبية والموازية والمجموعة ابن القاسم رحمه الله تعالى في الرجل يأتي مستفتياً عن أمر ينوي فيه ، ولو أقر

وَلَا إِنْ شَهِدَ بِٱسْتِحْقَاقٍ ، وقَالَ : أَنَا بِعْتُهُ لَهُ ، ولَا إِنْ حَدَثَ فِسْقٌ بَعْدَ ٱلْأَدَاءِ ،

به عند الحاكم أو قامت بينة به فرق بينه وبين زوجته فيفتي أنه لا شيء عليه ، وطلبت المرأة الشهاده من المفتي قال لا يشهد عليه ابن المواز ولو شهد لم ينفعها ، لأن إقراره على غير وجه الإشهاد قال وما أقر به عنده من حداً وطلاق أو حق ثم أنكره فليشهد عليه إذا كان مما ليس له رجوع عنه ، وكذلك من حضر إذا سمعوا القضية كلها حتى لا يخفى عليهم شيء منها مما يفسد الشهادة إن ترك اه « غ » .

مثله ابن رشد في سماع عيسى بالرجل يأتي العالم فيقول حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلاناً وكلمته بعد شهر لأني كنت نويت أن لا أكلمه شهراً فاذا دعته امرأته يشهد لها بما أقر به عنده من حلفه بالطلاق أن لا يكلمه وأنه كلمه بعد شهر فلا يجوز له أن يشهد عليه بذلك لعله من باطن يمينه خلاف ما يوجبه ظاهرها اه ، وهو جار مع المدونة .

(ولا) تقبل الشهادة (إن شهد) لشخص (باستحقاق) لشيء بيد غيره (وقال) الشاهد (أنا بعته) أي الشيء المستحق (له) أي المشهود له اتهمته بقصد دفع رجوعه عليه بثمنه إن لم يشهد له ، ولأن الشراء لا يثبت الملك للمشتري حتى يثبت ملك البائع ما باعه فقوله أنا بعته له شهادة لنفسه بملكه وهي دعوى لا شهادة فلا فرق بين أنا بعته أو وهبته أو تصدقت به عليه ، فان أصل المسألة لابن أبي زيد والنقل عنه يدل على أن العلة هي أن الملك لا يثبت بالشهادة بمجرد الشراء ، لأن الشراء لا يثبت الملك حتى تشهد البينة بالملك للبائع ، فاذا قال أنا بعته أو وهبته فقد شهد لنفسه بملك ذلك الشيء وهي لا تصح .

(ولا) تقبل الشهادة (إن حدث فسق) من الشاهد بأن زنى أو سرق أو سكر أو قذف أو قتل (بعد الأداء) للشهادة عند الحاكم وقبل حكمه بها فيردها ولا يحكم بمقتضاها لبطلانها هذا قول ابن القاسم وأصبغ ، وقال ابن الماجشون لا تبطل فيما لا يسر كالجرح والقتل واختاره غير واحد. طفي والحدوث على حقيقته ،وبه عبر ابن شاس وابن الحاجب

بِخِلَافِ تُهْمَةِ جَرٍّ ، وَدَفْعٍ وَعَدَاوَةٍ ، وَلَا عَالِمٍ عَلَى مِثْلِهِ ،

وغير واحد ، ولفظ ابن الحاجب ولو حدث بعد الأداء بطلت مطلقاً ، وقيل إلا بنحو الجراح والقتل ، والحاصل أنه إن كان الفسق مما يسره الناس كالزنا وشرب الخمر ، فمقتضى كلام بعض الشيوخ أنه متفق على أن حدوثه بعد الأداء وقبل الحكم يبطله اتفاقاً ، لأنه يدل على كمونه وإن كان مما لا يسر كالجرح والقتل ، فقال ابن القاسم يبطلها ، وقال ابن الماجشون لا يبطلها ، أفاده البناني .

(بخلاف) حدوث (تهمة جر) بفتح الجيم وشد الراء وصلته مقدرة ، أي لنفع بعد الأداء كتزوج الشاهد المرأة التي شهد لها فلا تبطل شهادته . ابن رشد إلا أن تثبت خطبته لها قبل ذلك (و) بخلاف حدوث تهمة (دفـع) بفتح فسكون ومفعوله محذوف ، أي لضر كشهادة بفسق رجل ثم شهد المشهود بفسقه على رجل أنه قتل رجلاً خطأ ، والشاهد بالفسق من عاقلته فلا ترد الشهادة بالفسق .

(و) بخلاف حدوث (عداوة) دنيوية بين الشاهد والمشهود عليه بعد الأداء كتجدد خصومة بينهما فلا يبطلها إذا لم يتبين لها سبب سابق (ولا) تقبل شهادة (عالم على مثله) ابن عات عن الاستغناء عن الشعباني تقبل شهادة القراء في كل شيء إلا شهادة بعضهم على بعض لتحاسدهم كالضرائر والحسود ظالم لا تقبل شهادتـه على من يحسده ا هـ . المتيطي في المبسوطة عن ابن وهب لا تجوز شهادة القارىء على القارىء يعني العلماء ، لأنهم أشد الناس تحاسداً . وقاله سفيان الثوري ومالك بن دينار رضي الله تعالى عنهما . تت كان الغبريني ينكر ذلك القول . ابن عرفة العمل على خلافه ثم قال عقب كلام الشعباني هـذا الكلام ساقط لمناقضة بعضه بعضاً ، لأنه أثبت لهم وصف الظلم ومن ثبت له ذلك لا تجوز شهادته على أحد ولا روايته ، لأنه فاسق وهو مناقض لقوله أولاً تقبل شهادتهم في كل شيء ورد شهادتهم على الإطلاق لم يقل به أحد ، ثم هذا الكلام إن أريد به من ثبت ذلك بينهم فغير مختص بهم ، وإن أريد به العموم فمعارض لأدلة الشرع ، ومـا أظنه يصدر من عالم ولعله وهم من النقلة ، وبماذا يخرج نفسه منهم ، لأنه إن كان منهم فقد دخل في ذلك فقوله غيره مقبول أو من غيرهم فلا عبرة بقوله .

وَلَا إِنْ أَخَذَ مِنَ العُمَّالِ ، أَوْ أَكَلَ عِنْدَهُمْ بِخِلَافِ الخُلَفَاءِ ،

(ولا) تقبل شهادة الشاهد (إن أخذ) الشاهد مالا (من العمال) بضم العين المهملة وشد الميم ، جمع عامل القائمين على قبض الخراج ونحـــوه المضروب على أيديهم الذين لم يفوض إليهم صرفها في وجوهها (أو أكل) الشاهد (عندهم) أي العمال المحجور عليهم أكلا متكرراً (بخلاف) الأخذ والأكل من (الخلفاء) بضم الخـــاء المعجمة وفتح اللام ممدوداً جمع خليفة ، أي السلاطين النائبين عن رسول الله ﷺ في تنفيذ الأحكام وإقامـــة شعائر الإسلام والتصرف في أموال بيت مال المسلمين بحفظها وصرفهـــا في جهاتها الشرعية والأكل عندهم ، فلا يمنعان قبول الشهادة ، ومثلهم العمال المأذون لهم في ذلك .

ابن عرفة قيل لسحنون من قبل صلة السلطان أو أكل طعامه وسلاطين الزمان من علمت هل تسقط عدالته ، وقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم ، أخـــذ ابن عمر رضي الله تعالى عنهما جوائز الحجاج والحجاج من قد علمت ، وابن شهاب جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء ، وأخذ مالك جوائز أبي جعفر وليس على وجـــه الخوف منهم ، لأن منهم من ترك الأخذ منهم فلم ير منهم إلا خيراً . وذكر أن أبا جعفر أمر لمالك « رض » بثلاث صرر فاتبعه الرسول بها فسقطت منه صرة منها في الزحمة فأتاه بصرتين فسأله عن الثالثة فأنكرها فألح مالك «رض» عليه فيها حتى أتاه بها من وجدها، وجميع القضاة من السلطان يرزقون ويأكلون فكتب سحنون من قبل الجوائز من العمال المضروب على أيديهم سقطت شهادته ، ومن كانت منه الزلة والفلتة فغير مردود الشهادة، لأن الأمر الخفيف من الزلة والفلتة لا يضر في العدالة ، والمدمن على الأكل منهم ساقـــط الشهادة وما قلت من قبول ابن شهاب ومالك «رض» ليس بحجة، لأنه من أمير المؤمنين، وجوائز الخلفاء جائزة لا شك فيها لاجتماع الخلق على قبول العطيـــة من الخلفاء ممن يرضى منهم وممن لا يرضى ، وجل ما يدخل بيت المال مستقيم ، وما يظلم فيه قليل في كثير ، ولم ينكر أحد من العلماء أخذ العطاء منذ زمن معاوية «رض» إلى اليوم ، والقضاة أجراء للمسلمين فلهم أجرهم من بيت مال المسلمين . وما ذكره عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما سمعت علي بن زياد ينكره ويرفعه عن ابن عمر .

ابن رشد قوله قبول جوائز العمال جرحة معناه عندي عمال الجباية الذين إنما جعل لهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها بالاجتهاد . وأما الأمراء الذين فوض لهم الخليفة أو خليفته قبض الأموال وصرفها في وجوهها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من أمراء البلاد المفوض جميع الأمور فيها اليهم ، فجوائزهم كجوائز الخلفاء . فإن صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج فهذا وجهه ، وأما القضاة والأجناد والحكام فلهم أخذ أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم الذين فوض اليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سواه ، وروي عن مالك لا بأس بجوائز الخلفاء ، فأما جوائز العمال ففيها شيء يريد الذين ظهر أمرهم أنه مفوض اليهم من قبل خلفائهم ، ولم يتحقق ذلك ، ويريد أن الأخذ منهم مكروه ولو تحقق التفويض اليهم لم يكن لكراهة أخذ جوائزهم وجه ، كما أنه لو تحقق أنه لم يؤذن لهم في إعطاء المال باجتهادهم لمن يعمل عملا لم يكن لتسويغ أخذ جوائزهم وجه ، فإن كان حلالاً وعدل في قسمته فاتفق أهل العلم على جواز أخذ الجائزة منه ، وإن لم يعدل في قسمته فالأكثر على جواز أخذ الجائزة منه ، وكرهه بعضهم ، وإن شاب المجبي حلال وحرام فالأكثر على كراهة الأخذ منه ، ومنهم من أجازه ، وإن كان المجبي حراماً فمنهم من حرم أخذ الجائزة والرزق على عمل من الأعمال منه ، وروى هذا عن مالك رضي الله تعالى عنه ، ومنهم من أجازه ومنهم من كرهه اهـ .

البناني قسم ابن رشد ما بيد الأمراء من المال ثلاثة أقسام ، أحدها حلال لا يعدل في قسمه ، فالأكثر على جواز قبوله منهم ، وقيل يكره . الثاني مختلط حلال وحرام ، فالأكثر على كراهة أخذه ، وقيل يجوز . الثالث حرام فقيل يحرم أخذه ، وقيل يكره وقيل يجوز . قال وإن كان الغالب الحرام فله حكمه ، وإن غلب الحلال فله حكمه وفيه كراهة خفيفة .

(ولا) تقبل شهادة الشاهد (إن تعصب) بفتحات مثقلا على المشهود عليه . ابن فرحون من موانع الشهادة العصبية وهو بغض الرجل الرجل لكونه من بني فلان أو من قبيلة كذا ونحوه في المفيد ، وعن واثلة بن الأسقع رضي الله تعالى عنه قلت يا رسول الله

ما العصبية ، قال أن تعين قوماً على الظلم . ابن مرزوق الأولى أن يمثل له بشهادة الأخ لأخيه بجرح أو قذف ونحوهما مما يتوهم فيه العصبية ، كتعديل شاهد الأخ وتجريح شاهد عليه ، ومنه شهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل وشهادة العدو على عدوه .

وشبه في إبطال الشهادة فقال (ك) أخذ (الرشوة) بتثليث الراء على الشهادة ولو لتحقيق حق أو إبطال باطل ، ودفعها لإبطال حق أو تحقيق باطل . وأما دفعها لتحقيق حق توقف على دفعها فلا حرمة فيه ، وكذا دفعها لإبطال باطل كذلك ، وإنما الحرمة على الآخذ فيهما . ابن عات لا تجوز شهادة مرتش ولا ملقن للخصوم فقيهاً كان أو غيره ، ويضرب على يده ويشهر به في المجالس ويعرف به ويسجل عليه ، وقد فعله بعض قضاة قرطبة بكبير من الفقهاء بمشورة أهل العلم .

(وتلقين خصم) حجة يستعين بها على إبطال حق أو تحقيق باطل ، وأما تلقينه ما يستعين به على تحقيق حق أو إبطال باطل فليس بقادح . وفي الحديث من ثبت غبياً في خصومة حتى يفهمها ثبت الله تعالى قدمه يوم تزل الأقدام . المسناوي من التلقين القادح ما يفعله المفتون اليوم ، لأن الافتاء إنما كان في الصدر الأول لأمرين ، أحدهما توقف الحاكم في الحكم ، والثاني شكه في مصادفته بعد تسجيله . وأما الآن فلا تراهم يشرعون في الخصام إلا بعد استفتائهم لينظروا هل الحق لهم أو عليهم ، فيتحيلون على إبطاله ، وقد يكتب المفتي الواحد لكل من الخصمين نقيض ما يكتبه للآخر أسأل الله تعالى أن يصلح أحوالنا .

(ولعب نيروز) بفتح النون وسكون التحتية آخره زاي ، أي أول يوم من السنة القبطية لا خلاله بالمروأة لا يفعله إلا الأوباش والجهلة والنصارى . تت قيل كان معروفاً بمصر قديماً ولم أعرف صفته ، ورأيت في بعض قرى الصعيد يأتي رجل ممن يسخر به لكبير القرية فيجعل عليه فروة أو حصيراً يخرقها في عنقه ويركبه فرساً ويتبعه رعاع الناس وحوله جماعة يقبضون من أمرهم بقبضه على وجه اللعب ، ولا يطلقونه إلا بشيء يدفعه لهم أو يعدهم به .

وَمَطْلٍ وَحَلِفٍ: بِطَلَاقٍ وعِتْقٍ، وبِمَجِيءِ مَجْلِسِ الْقَاضِي ثَلَاثاً

(ومطل) بفتح الميم وسكون الطاء المهملة من غني في حق عليه لخبر مطل الغني ظلم أي تأخير دفع الحق مع طلبه ربه والقدرة عليه وترك الطلب حياء كالطلب كما في التوضيح والشارح . ابن رشد في نوازل سحنون مطل الغني جرحة لقوله ﷺ مطل الغني ظلم . ابن رشد هذا بين على ما قاله بأن الشهرة بالمطل دون ضرورة جرحة لأنها إذاية للمسلم في ماله (و) اعتياد (حلف بعتق وطلاق) لخبر العتق والطلاق من أيمان الفساق .

الحط ظاهره أن مجرد الحلف بهما ولو مرة جرحة ، والذي في الواضحة أن اعتياده جرحة وقبله الشيخ في النوادر واللخمي وابن رشد والمتيطي وغيرهم ناقلين له عن مطرف وابن الماجشون . ابن فرحون من الموانع اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق اهـ ، والله أعلم .

ابن رشد الأدب في ذلك واجب لوجهين أحدهما ما ثبت من قول النبي ﷺ من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، وما روي عنه ﷺ أنه قال لا تحلفوا بالطلاق والعتاق فإنهما من أيمان الفساق ذكره ابن حبيب في الواضحة . والثاني أن من اعتاد الحلف به لا يخلص من الحنث فيه فتصير زوجته تحته مطلقة ، وهو لا يشعر ، وقد قال مطرف وابن الماجشون أن ملازمة ذلك واعتياده جرحة في الشهادة ، وإن لم يعرف حنثه . وقيل للإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن هشام بن عبد الملك كتب أن يضرب في ذلك عشرة أسواط فقال قد أحسن ، إذ أمر فيه بالضرب ، وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب أن يضرب في ذلك أربعين سوطاً اهـ ، وذكر الشيخ في النوادر والشارح وابن الفاكهاني حديث الطلاق والعتاق من أيمان الفساق . عن ابن حبيب أيضاً قال السخاوي لم أقف عليه ولم يذكره ابن فرحون ولا ابن حبيب في الواضحة . البناني بحثت عن الحديث المذكور في جامع السيوطي الكبير فلم أجده فيه .

(و) ترد الشهادة (بـ) سبب (مجيء) الشاهد لـ (مجلس القاضي ثلاثاً) من المرات ثلاثة أيام متوالية وأولى في يوم (بلا عذر) ابن فرحون من الموانع إتيان مجلس القاضي

ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة ، لأنه يظهر منزلته عند القاضي ويجعلها مأكلة فينبغي للقاضي منعه منه لإطلاعه على الخصومات وتعلمه الحيـــل في تحريفها ، ولأن مجلسه عورة ، فإن كان لعذر كحاجة أو علم فلا يقدح (وتجارة) من أرض الإسلام (لأرض الحرب) التي تجري فيها أحكام الكفر على المسلم وظاهر المصنف الإطلاق ، وقيده أبو اسحق بالعلم بذلك ، ومثل أرض الحرب أرض السودان ، ومثـــل التجارة لأرض الحرب تجارة من لم يعلم أحكام التجارة الخرشي لا دخولها لفداء أسير أو غلبـــة ريح العدوى .

ابن يونس عن ابن القاسم علة النهي عن السفر للسودان خوف جريان أحكام الكفر عليه . وقيل إنه غير جرحة ، وقيل بالتفصيل بين علم جريان أحكام الكفر وعدمه ، والمراد بأرض الحرب أرض الروم ، لأن الحرب شأنهم لا شأن السودان وإن اشتركوا في الكفر . سحنون لا تجوز شهادة من تجر إلى أرض العدو ، وأجازهـــا أبو صالح فيمن يختلف إلى العدو ممن لا بأس بحاله أفاده ابن عات .

(وسكنى) دار مثلاً (مغصوبة) غصبها غيره ، لأنهـــا معصية يجب الإقلاع عنها فوراً وكذا الطحن على الرحى المغصوبـــة ، ولو قال وانتفاع بكمغصوب لشمل المغصوب وغيره ومعاملة الغاصب فيما غصبه بقرض أو غيره أفاده شب (أو سكناه) أي الشاهد (مع ولد) له (شريب) بكسر الشين المعجمة وشد الراء ، أي مكثر شرب ما يغيب العقل فقط مع نشأة وطرب في المفيد عاطفاً على ما تبطل الشهادة وسكناه داراً يعلم أن أصلها مغصوب أوله ولد شريب يسمع الغناء من الخـــدم ونحوهن ويسكن معه في دار واحدة .

وفي الكافي من جلس مجلساً واحداً مع أهل الخمر في مجالسهم طائعاً غير مضطر سقطت شهادته وإن لم يشربها ومن دخل الحمام بغير مئزر وأبـدى عورته سقطت شهادته وبانت جرحته إلا أن يكون وحده أو مع حليلته ، ومثل السكر سائر الكبائر ومثل الولد غيره بالأولى إذا علمه ولم ينكر عليه مع قدرته عليه ، فإن لم يعلمه أو غير جهده ولم ينزجر أو

وَبِوَطْءِ مَنْ لَا تُوطَأُ ، وَبِالْتِفَاتِهِ فِي الصَّلَاةِ ، وَبِاقْتِرَاضِهِ حِجَارَةً مِنَ الْمَسْجِدِ ، وَعَدَمِ إِحْكَامِ الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ ، وَالزَّكَاةِ لِمَنْ لَزِمَتْهُ ،

عجز عن التغيير وعن انتقاله عنه فلا تسقط عدالته إذا هجره جهده .

(و) ترد (بـ)سبب (وطء من) أي صغيرة شأنها (لا توطأ) سحنون من وطىء جاريته قبل استبرائها أدب أدباً موجعاً مع طرح شهادته ، وإن كان حملها مأموناً لصغرها أو يأسها لم تسقط شهادته لرواية على لا استبراء فيها (و) ترد (بـ) تكرر (التفاته) أي الشاهد (في الصلاة) ولو نافلة لغير عذر لدلالته على قلة اكتراثه بها وأولى من لا يعتدل في رفعه من ركوع أو سجود لغير عذر ، ومن لا يطمئن فيها الأخوان وابن عبد الحكم من عرف أنه لا يقيم صلبه في رفع ركوعه وسجوده دون عذر لا تجوز شهادته ابن كنانة ولو في نفل . ابن عرفة الأظهر أنه إن علم إقامته في الفرض جازت شهادته حتى لو إذا تكرر التفاته اختياراً ، فإن التفت لعذر فلا يضر ، وأولى تأخيرها عن اختياريها لغير عذر أو بعد زواله في ضروريها . سحنون كثير المال القوي على الحج ولم يحج مجروح إذا طال زمنه واتصل وفره ولا مانع . قيل وإن كان بالأندلس قال وإن كان به . ابن يونس قيد بطول الزمان مراعاة للقول بالتراخي .

(و) ترد (باقتراضه) أي الشاهد (حجارة من) حجارة (المسجد) التي بنى المسجد بها وانهدمت يبني أو يرم بها بيته مثلاً وكالحجارة اللبن والخشب وكالمسجد سائر الحبس إذا علم حرمته ، وإلا ترد كما في النوادر عن سحنون ، كان الحبس عامراً أو خرباً احتاج لتلك الحجارة أو لا رجيت عمارته أو لا ، واقتراض الناظر ريع الوقف كاقتراض المودع الوديعة اهـ شب .

(و) ترد بعدم (إحكام) بكسر الهمز ، أي اتقان (الوضوء والغسل) الواو بمعنى أو وأولى بجهل كيفيته وكذا التيمم ، لأنه معرض له بتحقق سببه من مرض ونحوه ، وكذا سائر شروط الصلاة وأولى نفس الصلاة (و) ترد بعدم معرفة أحكام (الزكاة)

لنقد أو نعم أو حرث أو عرض تجارة لمن وجبت عليه قاله سحنون. في التوضيح البخيل الذي ذمه الله تعالى ورسوله هو الذي لا يؤدي زكاة مالـه ، فمن أدى زكاة ماله فليس ببخل ولا ترد شهادته ، وقال بعض أصحابنا شهادة البخيل مردودة وإن كـان مرضى الحال ، ويؤدي زكاة ماله . ابن فرحون ابن القاسم اختلف في شهادة البخيل وإن كان يؤدي زكاة ماله، المازري البخل منع الحقوق الواجبة، وأما منع ما لم يجب فالقدح به مغتفر في الشهادة بتفصيل يعرفـه من عرف الاستدلال بحركات الناس وطبائعهم وسيرهم في دينهم وصدقهم .

(و) ترد بسبب (بيع نرد وطنبور) بضم الطاء المهملة وسكون النون والطنبار بكسرها لغة فيه وعود ومزمار (و) ترد شهادة الشاهد بسبب (استحلاف) الشاهد لـ (أبيه) أي الشاهد في حق للشاهد على أبيه أنكره فيه ولا تنافي بين كون تحليفه مباحاً لولده وكونه جرحة في عدالته لقدح كثير من المباحات فيها ، وسواء حلفه عالماً بالحرمة أم لا أفاده تت . طفي في كلامه تدافع لتصريحه أولاً بانـه مباح ، ثم قال سواء حلفه عالماً بالحرمة أم لا ثم الإباحة لم أرها لغيره ، وإنمـا الخلاف بالمنع والكراهة كما في ابن رشد والتوضيح وابن عرفة ، ونصه وفي كون تحليفه في حق يدعيه عليـه مكروهاً ويقضي به أو عقوقاً ولا يقضى به . ثالثها ويقضى به لنقل ابن رشد سماع ابن القاسم في الأقضية مع ظاهر قول ابن القاسم وأصبغ ، وروايتها في كتاب المديان مـع الأخوين وابن عبد الحكم وسحنون في تحليفه وحـده فيما يجب فيه الحد وسماع أصبغ في الشهادات .

ابن القاسم يقضى بتحليفه وحده وهو عاق بذلك ولا يعذر بجهل وهو بعيد ، لأن العقوق كبيرة اهـ،فان أجيب بان المراد بالمباح ما ليس بحرام فيشمل المكروه وهو المراد فبعيد، ويشكل ترتب رد الشهادة على ذلك لأنه مرتب على منع تحليفه عند الأئمة، وأيضاً القول بالكراهة ضعيف وخلاف مذهب المدونة من تحريمه ، وكونه عقوقاً وعدم القضاء به ، وإن اقتحم وحلفه فسق وردت شهادته ، وقد صرح ابن رشد بانه على الكراهة لا ترد

وَقُدِحَ فِي ٱلْمُتَوَسِّطِ بِكُلٍّ ، وَفِي ٱلْمُبَرِّزِ بِعَدَاوَةٍ وَقَرَابَةٍ ، وَإِنْ بِدُونِهِ ؛ كَغَيْرِهِمَا عَلَى ٱلْمُخْتَارِ ؛

شهادته . أبو الحسن عقب ذكره كون استحلافه عقوقاً ولا تجوز شهادته ولو عذر بجهالته. ابن رشد هذا هو المذهب والصحيح . وقيل إن ذلك مكروه وليس بعقوق فيقضى له به ولا تسقط شهادته اهـ .

ابن رشد اختلف في تحليف الرجل في حق يدعيه ولده قبله وحده على ثلاثة أقوال، أحدها : أنه مكروه وليس بعقوق ، فيقضى به له ولا تسقط به شهادته . والثاني : أنه عقوق فلا يقضى به وهو مذهب الإمام مالك «رض» ، في المدونة وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب ، لما أوجب الله تعالى من بر الوالدين بنص القرآن وما تظاهرت الآثار ، وقد روي أن رسول الله ﷺ قال لا يمين للولد على والده ولا للعبد على سيده . والثالث أنه عقوق إلا أنه يقضى له به إن طلبه ويكون جرحة فيه تسقط بها شهادته ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وهو بعيد ، لأن العقوق إن كان من الكبائر فلا ينبغي أن يمكن من فعله أحد اهـ .

(وقدح) بضم فكسر ، أي قبل القدح والتجريح (في) الشاهد (المتوسط) في العدالة وأولى من هو أدنى منه ، أو المراد به مقابل المبرز فيشملهما (بكل) من القوادح السابقة . اللخمي يسمع القدح في الرجل المتوسط العدالة مطلقاً (و)قدح (في) الشاهد (المبرز) بضم الميم وفتح الموحدة وكسر الراء مشددة ، أي الظاهر العدالة الزائد فيها على امثاله (بعداوة) دنيوية بينه وبين المشهود عليه (وقرابة) أكيدة بينه وبين المشهود له ، ومفهومه أنه لا يقبل القدح فيه بغيرهما من تسفيه وتفسيق ، وأما بجلب النفع ودفع الضرر والتعصب فيسمع كالعداوة والقرابة ويقبل التجريح في الشاهد بمثله أو أعلى منه في العدالة ، بل (وإن بدونه) أي الشاهد في العدالة .

وشبه في قبول القدح في المبرز فقال (كغيرهما) أي العداوة والقرابة فيقبل القدح به في المبرز (على المختار) اللخمي من الخلاف وهو قول مطرف وابن الماجشون ،

واختاره ابن عبد السلام أيضاً ، لأن شأن الانسان إخفاء جرحه وكتمه عن الناس لأنه مجبول على تكميل نفسه فلا يكاد يطلع عليه إلا بعض الناس وهي شهادة يؤديها مثل سائر الشهادات . عج هذا هو المعتمد . اللقاني هذا ضعيف ، والمعتمد الأول ، وهذا هو ظاهر صنيع المصنف . طفي والبناني لو زاد وشبهما كما فعل ابن شاس وابن الحاجب وغير واحد لكان أحسن ، والمراد به ما عدا الاسفاه أي الفسق ، إذ هو المختلف فيه وفيه فقط اختيار اللخمي .

(وزوال العداوة) الدنيوية بين الشاهد والمشهود عليه بقرائن وأحوال توجب غلبة الظن بزوالها كرجوعهما إلى ما كانا عليه قبلها (و) زوال (الفسق) ممن اتصف به يكون (بما) أي أمارات وعلامات (يغلب) زواله (على الظن) بحصولها كتوبته وملازمتها وظهور أمارات الصلاح عليه (بلا حد) بفتح الحاء المهملة وشد الدال ، أي تحديد للزمن الذي يحصل الزوال فيه ، وقيل يحد بسنة ، وقيل بنصفها ، وأنكرهما ابن عرفة لكثرة اختلاف أحوال الناس في زوالهما ، فمنهم من لا يطلع على باطنه على طول الزمان ومخالطة الحذاق بظواهر حتى يظن صالحاً أو حبياً وهو في باطنه بخلاف ظاهره ، ينتظر غفلة يتمكن فيها من إظهار ما في باطنه والعمل بمقتضاه ، ومنهم من هو بخلافه ، فلذلك اعتبرت القرائن والأحوال لا مجرد طول الزمان . ابن عرفة جرحة الفسق تزول بالتوبة الشرعية وهي مستوفاة في فن الكلام الذي هو أصل الفقه .

المازري لا تقبل شهادته بمجرد قوله تبت ، إنما تقبل بدلالة حاله والقرائن على صدقه مع اتصافه بصفات العدالة ولا توقيت في ذلك ووقته بعض العلماء والتحقيق ما قلناه . قلت الشيخ في المجموعة عن ابن كنانة من كان يعرف بالصلاح لمعرفة توبته من قذف بطول ليس كمن كان معلناً بالسوء لان من عرف بالخير لا يتبين تزيده فيه إلا بالترداد عليه . وقول ابن الحاجب وقيل لا بد من مضي ستة أشهر ، ظاهره في المذهب وليس كذلك . وفي الرجيم منها مع المجموعة عن ابن القاسم وأشهب لا ترد شهادة القاذف حتى يجلد وقاله

سحنون . وقال عبد الملك بقذفه سقطت شهادته وثبوت توبته يوجب قبولها ، المازري المعتبر في توبته ما تقدم في غيره ،فإن كان قبل قذفه عدلاً صالحاً كانت توبته بزيادة درجته في الصلاح على ما كان عليه .

قلت هذا إن كان حده بقذفه جرأة أو سباً أو غضباً ولو كان ذلك بانقلاب شهادته قذفاً لرجوع أحد الثلاثة الشاهدين معه أو اختلافه في وصف الزنا، فاظهر عدم اعتبار زيادة صلاحه وفي شرط توبته بتكذيبه نفسه في قذفه نقل المازري عن القاضي اسماعيل وقول مالك «رض» في سرقتها لواحد نصراني في قذف ثم أسلم بالقرب قبلت شهادته فلم يقيدها الصقلي . وفي مختصر الشيخ عن سحنون يتوقف في شهادته حتى يعلم صلاحه . ابن الحاجب زوال المداوة كالفسق . قلت لا أعرف هذا لغيره ، وتقدم سماع أشهب في الرجلين يختصمان ثم يشهد أحدهما على صاحبه بعد سنين قال إن صار أمرهما إلى سلامة وصلح فذلك جائز . ابن رشد سلامة أمرهما إلى صلح هو أن يرجعا إلى ما كانا عليه قبل الخصومة ، ومثله في سماع سحنون ونوازل أصبغ وفي أجرائها .

ابن الحاجب على زوال الفسق نظر ، لأن ثبوت عدالة الشاهد شرط في قبول شهادته فنظر القاضي في ثبوتها ضروري وهو مستلزم لرفع فسقه أو بقائه ، وأما العداوة فلانظر للقاضي في رفعها لأنها مانع يبديه المشهود عليه ، فإن أثبتها ثم شهد عليه بعد ذلك احتمل النظر في تكليفه اثباتها ثانياً لاحتمال بقائها ، والأظهر تخريجها على حكم من عدل في شهادته ثم شهد شهادة أخرى هل تستصحب عدالته أو يستأنف اثباتها . تت عن بعضهم إنما يتم الفرق المذكور إذا لم يثبت المانع أما مع ثبوته فلا يسوغ للحاكم الحكم إلا أن يثبت رفعه وليس شكاً في المانع، بل في رافعه، وعلى هذا فما في سماع أشهب وسحنون ونوازل أصبغ شاهد لابن الحاجب والمصنف ، والله أعلم .

(ومن) أي وكل شخص (امتنعت) شهادة شخص آخر (له) لتأكد قرابتها كالأب وابنه والزوج وزوجته (لم يزك) بضم ففتح وشد الكاف ، أي من امتنعت الشهادة منه

شَاهِدَهُ وَيُجَرِّحْ شَاهِداً عَلَيْــهِ ، وَمَنِ امْتَنَعَتْ عَلَيْهِ : فَالْعَكْــسُ ، إلاَّ الصِّبْيَانَ ، لَا نِسَاءً فِي : كَعُرْسٍ فِي : جَرْحٍ ، أَوْ قَتْلٍ ، والشَّاهِدُ : حُرٌّ ، مُمَيِّزٌ ،

(شاهد) الذي امتنعت الشهادة ا (ه) لأن تزكية شاهده كالشهادة له في النفع (ولم يجرح) بضم ففتح فكسر مثقلا أي الذي امتنعت الشهادة منه (شاهداً عليـه) أي من امتنعت الشهادة له للتهمة بدفع الضرر عنه (ومن) أي الشخص الذي (امتنعت) شهادة (عليه) لعداوة بينهما (فالعكس) أي لا يزكى من شهد عليه ولا يجرح من شهد له. ابن الحاجب من امتنعت له امتنعت في تزكية من شهد له وتجريح من شهد عليه ومن امتنعت عليه امتنعت في العكس أقل من شطر عدد كلماته التزكية في شيء كشهادة به والتجريح فيـه كشهادة بنقيضه ، وعلة الجميع جر نفع أو دفع ضر وكل شهادة لا بد فيها من اجتماع الشروط وانتفاء الموانع المتقدمة (إلا الصبيان) فتجوز شهادة بعضهم لبعض على بعض . اللخمي والمازري وهو معروف مذهب الإمام مالك «رض» وأصحابه إلا ابن عبد الحكم ، وعلى الأول جماعة من الصحابة وغيرهم وعلى الثاني أبو حنيفة والشافعي وأحمد «رض» أجمعين .

(لانساء) اجتمعن (في كمرس) ومأتم وحمام فـلا تقبل شهادتهن ولو لبعضهن على بعضهن في قتل أو جرح ، وصححه ابن الحاجب وشهره في التوضيح ومقـابله للجلاب وفرق للمشهور بأن اجتماع الصبيان مشروع للتدريب ، والغالب عدم حضور العدول معهم فلو لم تعتبر شهادة بعضهم لبعض عن بعض لأدى ذلك لهدر دمائهم واجتماع النساء غـير مشروع وتعتبر شهادة الصبيان (في جرح) من بعضهم لبعض (وقتل) كذلك لا في غيرهما عند ابن القاسم ، وهو المشهور . ابن عرفة الباجي إذا جوزت في القتل فقال غير واحد من أصحاب مالك «رض» لا تجوز حتى يشهد العدول على رؤية البــدن مقتولاً . ابن رشد رواه ابن القاسم عن مالك رضى الله تعالى عنهما وقاله غير واحـد من أصحابه رضي الله تعالى عنهم .

(والشاهد) منهم (حر) لاقن ولا ذو شائبة للغو شهادة الرقيق الكبير فالصغير أولى

ذَكَرٌ تعَدَّدَ، لَيسَ بِعَدُوٍّ، ولَا قَرِيبٍ، ولَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ،
وفُرْقَةَ إلاَّ أنْ يُشْهَدَ عَلَيهِمْ قَبْلَها،

(مميز) أي يفهم الخطاب ، ويحسن رد الجواب ويضبط ما يشاهده . الخرشي ومنها أن يكون مميزاً وأن يبلغ عشر سنين أو ما قرب منها، لأن غيره لا يضبط ما يقول ولايثبت على ما يفعل لا غير مميز «غ» قوله مميز أعم مما حكى ، اللخمي عن عبد الوهاب من اشتراط كونه ممن يعقل الشهادة. ابن عرفة كقوله في المدونة ويجوز شهادة ابن عشرسنين وأقل مما يقاربها اهـ . بقى هذا الشرط عليه كما بقي على ابن الحاجب على أنه أشار في التوضيح للاستغناء عنه بالتمييز ، وليس بظاهر (ذكر) لا انثى ولو تعددت مع ذكر (تعدد) الشاهد فلا تعتبر شهادة الواحد (ليس) الشاهد (بعدو) للمشهود عليه البساطي سواء كانت العداوة بين الصبيان أو بين آبائهم ، لأن الموروثة أشد من الطارئة (ولا قريب) للمشهود له. الخرشي ظاهره أن مطلق القرابة مانع فتشمل العمومة والخؤولة ولا يشترط كونها أكيدة كما ارتضاه الجيزي .

(ولا خلاف) أي اختلاف (بينهم) أي الصبيان في كيفية الشهادة ، فإن اختلفوا فيها بأن قال اثنان قتله فلان ، وقال آخران قتله فلان الآخر ، أو قال اثنان لاثنين أنتما قتلتماه فقال المشهود عليهما للشاهدين ، بل أنتما قتلتماه فلا تقبل (ولا فرقة) بضم الفاء وسكون الراء ، أي تفرق بينهم قبل أداء الشهادة ، فإن افترقوا قبلها فلا تقبل لاحتمال تعليم بالغ لهم خلاف ما وقع بينهم ، وأمرهم بكتم الواقع لدفع الضرر أو جلب النفع (إلا أن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلته (يشهد) عدلان (على) شهادة (هم) أي الصبيان (قبلها) أي الفرقة فالمعتبر شهادتهم الأولى التي سمعها منهم العدلان ولو رجعوا عنها بعد افتراقهم . في المدونة تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخببوا أي يعلموا ابن عرفة مقتضاهـا أنها غير مترادفين ، ونصه شرط ابن الحاجب في شهادتهم كونها قبل تفرقهم .

ابن عبد السلام هذا مراد الفقهاء بقولهم ما لم يخببوا ، فإن افتراقهم مظنة اختلاطهم

بن يلقنهم ما تبطل به شهادتهم . قلت مقتضى قولها تجوز شهادة الصبيان ما لم يتفرقوا ويخببوا مع اختصارها . أبو سعيد كذلك إنهما غير مترادفين ، وكذا لفظ اللخمي قبل تفرقهم وتخبيبهم ، ولفظ إذا شهدوا قبل أن يتفرقوا ويخببوا ، فإن افترقوا وأمكن تخبيبهم فلا تقبل شهادتهم ونحوه لفظ ابن فتوح قال ومعنى يخببوا يعلموا اه .

(ولم يحضر) معهم شخص (كبير) أي بالغ ، فإن حضر معهم كبير فلا تقبل شهادتهم ، لأنه إن كان عدلاً أغنت شهادته عن شهادتهم ، وإن كان غيره يتهم بتخبيبهم . الحط أطلق رحمه الله الكبير فظاهره سواء كان ممن تجوز شهادته أو ممن لا تجوز شهادته فيفهم أن علة عدم قبول شهادة الصبيان مع حضور الكبير خوف تخبيبهم ، وذلك أنه إذا أحضر معهم كبير تجوز شهادته فشهادتهم ساقطة على المشهور خلافاً لسحنون ابن الحاجب لا تقبل شهادتهم مع حضور كبير رجل أو امرأة . في التوضيح لم يخالف في ذلك إلا سحنون في أحد قوليه اه .

واختلف في علة سقوط شهادتهم هل هو خوف التخبيب أو الاستغناء بشهادة الكبير ، ثم قال ابن الحاجب فإن كان فاسقاً أو كافراً أو عبداً فقولان في التوضيح ، أي الكبير الحاضر إن كان ممن لا تجوز شهادته كالكافر والفاسق والعبد ، فقال مطرف وابن الماجشون وأشهب لا يضر حضورهم بشهادة الصبيان . المازري لا خلاف فيه منصوص عندنا وقاله سحنون ، ثم توقف فالقول بعدم الإجازة على هذا ليس بمنصوص إلا أنه لازم على القول بأن العلة التخبيب ، بل هو في حق هؤلاء أشد ، والأول مبني على التعليل بارتفاع الضرورة بشهادة الكبير اه ، ثم قال وجعل الرجراجي القول الثاني منصوصاً ، ونصه إذا حضر كبير فإن كان شاهداً فإن كان عدلاً فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل ، وإن كان ليس بعدل فالمذهب على قولين ، أحدهما أن شهادتهم جائزة وهو قول ابن الماجشون وأصبغ ، وروى ابن سحنون عن أبيه مثله ، والثاني أن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير وإن كان ليس بعدل وهو قول ابن سحنون عن أبيه ، وإن كان مشهوداً عليه

أَوْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ ، أَوْ لَهُ ، وَلَا يَقْدَحُ رُجُوعُهُمْ ، وَلَا تَجْرِيحُهُمْ ؛
وَلِلزِّنَا وَاللِّوَاطِ أَرْبَعَةٌ

فلا تجوز شهادتهم عليه باتفاق ،وكانت شهادتهم في الجراح أو في النفس إن كان عاش حتى يعرف مــا هو فيه ، وإن مات من ساعته جازت شهادتهم له ، وصرح ابن يونس بالقول الثاني ونصه بعد حكاية قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وهذا خلاف ما في كتاب ابن المواز ، لأنه قــال فيه إنما يتقى من الكبير أن يعلمهم أو يخببهم فلا تراعى في ذلك الجرحة اهـ ، ونقله أبو الحسن ، وزاد فقال وحاصله قولان فنظر مطرف ومن معه إلى رفع الضرورة وإذا كان الكبير غير عدل لم ترتفع الضرورة ، ونظر ابن المواز للتخبيب والتعليم وهو في غير العدل أكــثر .

(أو يشهد) الصبيــان (عليه) أي الكبير لصغير (أو) يشهد الصبيان (له) أي الكبير على الصغير فلا تقبل الشهادة في الصورتين ، فالشرط شهادتهم لبعضهم على بعضهم عب الضمير ان الكبير كما في الشارح ، وبقي من الشروط أن لا يكون الشاهد منهم معروفاً بالكذب ، ابن عرفة الاظهر اعتبار منع الكذب قبول شهادة من عرف به منهم . تت سكت عن شرط الإسلام وهو متفق عليه لعلمه من بطلان شهادة الكافر البالغ بالأولى . وقال « غ » تضمن شرط الحرية شرط إسلامه ، وتبعه عب ، فلا تقبل شهادة صغار أهل الذمة ، ولا فرق بين كون المشهود عليه حراً أو عبداً ، وكذا المجني عليه .

(ولا يقدح) في شهادتهم (رجوعهم) أي الصبيــان عن الشهادة بعد أدائها فيعمل بالأولى سواء رجعوا عنها قبل الحكم أو بعده ما لم يتأخر الحكم عن بلوغهم ورجوعهم بعده قاله ابن المواز ، وجعله اللخمي المذهب (ولا) يقدح في شهادتهم (تجريحهم) أي الصبيــان الشاهدين ، أي بغير الشهرة بالكذب . ابن المواز لم يختلف أنه لا ينظر لذلك (ول) لشهــادة برؤية ا (لزنا واللواط أربعــة) من العدول المستوفين للشروط السابقة والخالين من الموانع كذلك لكل واحد منها ،واعتبر هذا العدد في الزنا إجماعاً لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء وحكمة

بِوَقْتٍ ، ورُؤْياً اتَّحَدَا، وفُرِّقُوا فَقَطْ : أنَّهُ أدْخَلَ فَرْجَهُ في فَرْجِها

التشديد باشتراط الأربعة طلب الستر ودفع العار اللاحق للزاني ، ولها ولأهلها ، وقيل غير ذلك ، وتكون تأدية الأربعة الشهادة للحاكم (بوقت و) اعتماد على (رؤيا) لآلة الرجل في آلة المرأة بالبصر (اتحدا) أي وقت التأدية والرؤية ،فإن أدوها متفرقين أو رأوا كذلك بطلت الشهادة وحدوا حد القذف ولا شيء على المشهود عليه . الحط يعني بالوقت المتحد أن يأتوا بشهادتهم في وقت واحد قاله المصنف في شرح قول ابن الحاجب مجتمعين غير متفرقين ، واشتراط اتحاده في الرؤية هو المشهور ، لأنه لا تلفق الشهادة في الأفعال .

ابن عرفة سمع عيسى ابن القاسم في الشهادة على الزنا لا تجوز حتى تجتمع أربعة في موضع واحد ويوم واحد وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة . ابن رشد ليس من شرطها تسمية الموضع ولا اليوم ولا الساعة إنما شرطها عند ابن القاسم أن لا تختلف الأربعة في ذلك ، فإن قالوا رأيناه معاً يزني بفلانة غائبة فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة تمت شهادتهم ، وإن قالوا لا نذكر اليوم ولا الموضع وإن قالوا في موضع كذا ويوم كذا وساعة كذا من يوم كذا كانت أتم ، وإن اختلفوا في المواضع أو الأيام فقال بعضهم كان ذلك في موضع كذا . وقال بعضهم بل كان في موضع آخر ، أو قال بعضهم في يوم كذا ، وقال بعضهم بل في يوم آخر بطلت شهادتهم عند ابن القاسم وجازت عند ابن الماجشون لأنهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم ولا يلزم الحاكم أن يسألهم عنه اهـ .

وفي الموازية إن قال أحدهم زنى بها منكبة وقال بعضهم مستلقية بطلت شهادتهم وحدوا للقذف اهـ ، وسمع عيسى إن شهد أربعة بزنا رجل بامرأة شهد اثنان بأنها طاوعته واثنان بأنه اغتصبها حد الأربعة .

(وفرقوا) بضم فكسر مثقلا ، أي الشاهدون بالزنا عند تأدية الشهادة وجوباً ، سواء حصلت ريبة أم لا قاله تت ، وتبعه عب والخرشي . وقال شب ندباً ، فإن اختلفوا بطلت شهادتهم (و) يشهدون (أنه أدخل) ذكره (في فرجها) ومقتضى نقل « ق »

أنه لا بد أن يزيد كالمرود في المكحلة ، ويفيده كلام الشارح أيضاً . وقال ابن مرزوق ظاهره أنه لا يحتاج لزيادة كالمرود في المكحلة ، والظاهر أنه تأكيد .

(و) يجوز (لكل) أي من العدول الأربعة الذين أرادوا الشهادة بالزنا أو اللواط (النظر للعورة) أي لقصد التحمل فلا تبطل شهادتهم بتعمده ، ويجب أن يقيد بكونهم أربعة وإلا فلا يجوز ، وجاز لهم نظرها هنا مع أنه لا يجوز إلا لحاجة لئلا تتعطل هذه الشهادة غالباً فتكثر الفاحشة . ابن عرفة فيها قيل فإن شهد أربعة على رجل وامرأة وقالوا تعمدنا النظر إليها لتثبت الشهادة ، قال كيف يشهدون إلا هكذا ، وناقضها ابن هرون بعدم إجازته في اختلاف الزوجين في عيب الفرج نظر النساء إليه ليشهدن بما يرين من ذلك ، وكذا إذا اختلفا في الإصابة وهي بكر ، قال تصدق ولا ينظرها النساء ، قال والفرق بين ذلك مشكل .

وقال في كتاب الخيار إن نظر المبتاع فرج الأمة رضي منه بها لأنه لا ينظره إلا النساء أو من يحل له الوطء فأجاز نظر النساء إليه . فأجاب ابن عبد السلام بأن طريق الحكم هنا منحصر في الشهادة ولا تقبل إلا بصفتها الخاصة وطريقه في تلك غير منحصرة في الشهادة ، بل له غيرها من الوجوه التي ذكرها الفقهاء في محلها فلا ينبغي أن يرتكب محرم وهو نظر الفرج بلا ضرورة . قلت يرد بأن صورة النقض إنما هي إذا لم يمكن إثبات العيب إلا بالنظر .

وكان يجري لنا الجواب بثلاثة أوجه ، أحدها : أن الحد حق لله تعالى وثبوت العيب حق آدمي وحق الله تعالى أوكد لقولها فيمن سرق وقطع يمين رجل عمداً يقطع للسرقة ، ويسقط القصاص . الثاني ما لاجله النظر هنا محقق الوجود أو راجحه وثبوت العيب بالسوية . الثالث : المنظور إليه في الزنا إنما هو مغيب الحشفة ، وهو لا يستلزم من الإحاطة بالفرج ما يستلزمه النظر إلى العيب . اللخمي قوله كيف يشهد الشهود إلا هكذا ، أراد به إن تعمد النظر لا يبطل شهادتهم لإرادة إقامة الحد ، وهذا أحسن فيمن كان معروفاً

بالفساد ومن لم يعرف به فيه نظر يصح أن يقـــال لا يكشفون ولا تحقق عليهم الشهادة ، لأنه إن تبين ذلك لهم استحب لهم أن لا يبلغوا الشهادة ، ويصح أن يقال يكشفون عن تحقيقها ، فإن قذفه أحد بعدها بلغوها فلا يحد قاذفه والستر أولى ، لأن مراعاة قذفه نادرة قلت ولقولها من قذف وهو يعلم أنه زنى حل له القيام بحد قاذفه .

المازري تعمد نظر البينة لفعل الزاني ، ظاهر المذهب أنه غير ممنوع ، لأنـــه لا تصح الشهادة إلا به ، ونظر الفجأة لا يحصل به ما تتم به الشهادة ومنع بعض الناس نظر العورة في ذلك لما نبه الشارع عليه من استحسان الستر . وفي قواعد عز الدين إنما يجوز للشهود أن ينظروا من ذلك ما يحصل وجوب الحد وهو مغيب الحشفة فقط ، والنظر إلى الزائد على ذلك حرام . قلت هذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين إتمام مـــا قصداه أو ابتدآه من الفعل ، فلو قدروا على ذلك بفعل أو قول ولم يفعلوا بطلت شهادتهم لعصيانهم بعدم تغييرهم هذا المنكر إلا أن يكون فعلها بحيث لا يمنعه التغيير لإسراعهما اهـ ، الحط ونقله ابن غازي ولم يتعقبه وهو ببادىء الرأي ظاهر ، ولكن صرح ابن رشد في البيان بخلافه ، ونصه ابن القاسم في الرجل يرى السارق يسرق متاعه فيـــأتي بشاهدين لينظرا إليه ويشهدا عليه بسرقته فينظران إليه ورب المتاع معهما ، ولو أراد أن يمنعه منعه قال ليس عليه قطع ، ونحن نقول إنه قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

وقال أصبغ أرى عليه القطع . محمد بن رشد قول أصبغ أظهر ، لأنه أخذ المتـــاع مستسراً به لا يعلم أن أحداً يراه لا رب المتاع ولا غيره كمن زنى ، والشهود ينظرون إليه ولو شاؤوا أن يمنعوه منعوه وهو لا يعلم أن الحد واجب عليه بشهادتهم . ووجه قول ابن القاسم وما حكاه عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما أنه رآه من ناحية المختلس لما أخذ المتاع وصاحبه ينظر إليـــه ، وليس بمنزلة المختلس على الحقيقة إذ لم يعلم بنظر صاحب المتاع إليه اهـ .

(و) إذا شهد العدول الأربعة عنـــد الحاكم بالزنا أو اللواط (ندب) فضم فكسر

كَالسَّرِقَةِ مَا هِيَ ؟ وكَيْفَ أُخِذَتْ ؟ ولِمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا آيِلٍ لَهُ : كَعِتْقٍ ،

للحاكم (سؤالهم) أي الشهود الأربعة عن كيفية ما رأوه ومكانه ووقته وكيفية اجتماعهما ودخولها ، وما الباعث لهما ، وكيف خفي عليها وصولكم إليهما ، فإن اختلفوا في الجواب بطلت شهادتهم ويحدون حد القذف . ابن عرفة فيها عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في شهود الزنا ينبغي للامام أن يسألهم عن شهادتهم . ابن القاسم كيف رأوه وكيف صنع ، فإن كان في ذلك ما يدرأ الحد درأه ، وينبغي أن يكون سؤاله إياهم في جمع من الناس . محمد إن غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة أو ماتوا أقام الحد بشهادتهم . اللخمي أراد إن كانوا من أهل العلم بموجب الحد ، إذ قد يرونه عليها فيشهدون بالزنا ، وهو لا يوجب الحد ونحوه للتونسي . أبو الحسن انظر قوله ينبغي هل معناه يجب أو هو على بابه الأقرب الوجوب . الحط وهو الظاهر .

وشبه في ندب السؤال فقال (كالسرقة) فينبغي للامام أن يسأل شاهديها (ما هي) أي الذات المسروقة من الأنواع (وكيف أخذت) بضم الهمز وكسر الخاء المعجمة ، ومن أين أخذها وإلى أين ذهب بها ، وفي أي وقت من ليل أو نهار ، وعن كيفية توصلهم لما شهدوا به من الرؤية ونحو ذلك مما لا يشترط بيانه في أداء الشهادة . وأما ما هو شرط فيه فالسؤال عنه واجب اتفاقاً كأخذ المال من حرزه . ابن عرفة ابن الحاجب ينبغي للحاكم أن يسألهم ، وفي السرقة ما هي وكيف أخذها ومن أين إلى أين . وقال سحنون إن كانوا ممن يجهل . قلت قول سحنون إنما نقله الصقلي وغيره عنه في السرقة . الصقلي بعض فقهائنا ينبغي أن يكشفوا ، وإن كانوا لا يجهلون ، إذ قد يكون رأى الحاكم فيه نفي القطع أو ثبوته ورأيه خلاف رأيهم . قلت سياق قول سحنون إنه إنما يقوله حيث الشهود والحاكم أهل مذهب واحد .

(ولما) أي مشهود به (ليس بمال ولا آيل له) أي المال (كعتق) وهو كل عقد لازم لا يفتقر لعاقدين ، وفيه إخراج فمثله الوقف والطلاق غير الخلع والعفو عن القصاص

والوصية بغير المال،ويلحق به الولاء والتدبير قاله تت.طفي لم أر من ذكر أن الوقف لا بد فيه من عدلين ، وقول المصنف الآتي وإن تعذرت يمين بعض كشاهد بوقف الخ ينافيه . وقال ابن رشد المشهور المعلوم من مذهب مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم إن شهادة النساء عاملة في الأحباس ، لأنها أموال ، وقد عده ابن فرحون فيما يثبت بشاهد وامرأتين وباحدهما ويمين ، وقوله غير الخلع أخرج الخلع لعدم انتظامه في هذا السلك ، وسيذكره في العقود التي تفتقر لعاقدين .

البناني أجيب بأن ما ذكره تت ومن تبعه يحمل على الوقف على غير معين ، فإنه لا يثبت بالشاهد . الباجي إن كانت الشهادة لغير معينين ولا يحاط بهم مثل أن يشهد شاهد بصدقة لبني تميم أو المساكين أو في سبيل الله تعالى ، فقال ابن القاسم وأشهب لا يحلف مع الشاهد ولا يستحق بشهادته شيئاً ، ووجه هذا أنه لا يتعين مستحق ، هذا الحق فيحلف معه ، وإنما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض ، ويطلب به إن نكل .

قلت الجواب بكلام الباجي لا يصح ، لأنه إنما دل على تعذر الثبوت بالشاهد واليمين في هذه الصورة ، ويبقى الثبوت بالشاهد والمرأتين ، ففي ابن عرفة عن ابن رشد ما نصه الصواب جواز شهادة رجل وامرأتين بوصية للمساكين على أصل ابن القاسم ، لأن اليمين إنما سقطت ، لأن رب الحق غير معين لا لأن الوصية بمال لا تستحق بيمين مع الشاهد .

(ورجعة) تت وهو كالأول إلا أن فيه إدخالاً ، فمثله الاستلحاق والإسلام والردة، ويناسبه الإحلال والإحصان (وكتابة) تت وهو عقد يفتقر لعاقدين ، فمثلها النكاح والوكالة في غير المال والخلع ويلحق به العدة (عدلان) ابن عرفة ومتعلق الشهادة بالذات محكوماً به إن لم يكن مالاً ولا زناً ولا قرينة ولا مختصاً باطلاع النساء ، فشرط شهادته اثنان رجلان . ابن شاس المرتبة الثانية ما عدا الزنا مما ليس بمال ولا ما يؤول اليه كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص وثبوته في النفس والأطراف على خلاف فيها ، والنسب والموت والكتابة

وإلاَّ فَعَـــدْلٌ ، وامْرَأتَانِ ، أو أَحَدُهُمَا بِيَمِينٍ : كَأَجَلٍ ، وخِيَارٍ ، وشُفعَةٍ ، وإجَارَةٍ ، وَجَرْحٍ خطَأً ، أو مَالٍ ، وأَدَاءِ كِتَابَةٍ ، وَإِيصَاءٍ بِتَصَرُّفٍ فِيـــهِ ، أوْ بِأَنَّهُ حُكِمَ بِـهِ : كَشِرَاءِ زَوْجَتِهِ ،

والتدبير وشبه ذلك ، وكذا الوكالة والوصية عند أشهب وعبد الملك شرط كل ذلـــك العدد والذكورية ، ثم قال ابن عرفة وعد المازري في هـــذا النوع الإحلال والإحصان والإيلاء والظهار ، وتقدم عد ابن شاس العدة فيه . المازري يشهدان بانقضائها أو ثبوتها ، قال وحد الحر والسرقة والقذف وعد فيها الرجعة كالمعونة ولم يذكرا فيها خلافـاً . وقال ابن حارث في شهادتهن في الارتجاع قولان ، فسمع أشهب لا تجوز . وقال ابن نافع في غير المستخرجة هي جائزة فيه .

(وإلا) أي وإن لم يكن المشهود به ليس مالاً ولا آيلاً اليه ، بأن كان مـالاً أو آيلاً اليه (ف) يكفي فيه (عدل وامرأتان) بلا يمين (أو أحدهما) أي العـــدل والمرأتين (بيمين) يحلفها المشهود له على أن ما شهد به العدل أو المرأتان حق صحيح ، ومثـل لما ليس مالا ولا آيلا اليه بقوله (كأجل) لثمن أو مثمن أو قرض (وخيار) في بيع لأحد المتبايعين (وشفعة) أي ما يتعلق بها من أخذ أو ترك وإسقاط أو غيبة الشفيع ونحوذلك (وإجارة) وبيع وكراء (وجرح) بفتح الجيم مضاف ل (خطأ أو) جرح (مـــال) وهو العمد الذي لا يقتص منه لخشية التلف كجائفة وآمة (وأداء) نجوم (كتابة وإيصاء بتصرف فيه) أي المال (أو بأنه) أي الحاكم (حكم له) أي الطالب (به) أي المـــال فيثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما ويمين الشارح ، ومثل لذلك بقوله (كشراء زوجته) الرقيقة لغيره فيكفي فيه عدل وامرأتان أو أحدهما ويمين لأنه مال ، وإن ترتب عليــه فسخ النكاح .

البساطي معنى قوله أو بأنه حكم له به أن الحاكم إذا حكم لشخص بمال ثم أراد تنفيذه عند إنكار الخصم كفى فيه الشاهد وامرأتان ، وليست هذه مسألة إنهاء الحاكم لغيره ،

وجعلها الشارح مثالا ، ولا أدري معنى قوله على هذا التقرير انظر الكبير ، ونصه ولعل اختلافهما نشأ عن قوله في توضيحه عند قول ابن الحاجب . وأما الشهادة بالقضاء بمال فالمشهور لا تمضي فصلها لأنها عكس ما قبلها ، لأن الشهادة فيما قبلها على مال وتؤول إلى غيره ، وهذه بالعكس . والتي قبلها في ابن الحاجب الشهادة على أداء نجوم الكتابة [1] بأن يشهد شاهد بأداء آخر نجم ، وينكر السيد ويحلف المكاتب مع شاهده فيثبت الأداء ، لأنه مال ويترتب عليه العتق ، وليس بمال . ومعنى كلام ابن الحاجب إن ادعى رجل على آخر أن القاضي حكم له عليه بمال فأنكر فأقام عليه شاهداً به ، فهل له أن يحلف مع شاهده المشهور لا ، وتعقب ابن عبد السلام حكاية الخلاف في الشهادة على حكم القاضي ، قال والذي حكاه الباجي وغيره أن القولين في كتاب القاضي بشاهد ويمين ، وذلك أنه حق ليس بمال ويؤول إلى مال . وأما دعوى أحد الخصمين على الآخر أن القاضي حكم عليه بمال ، فدعوى بمال حقيقة لا ينبغي ان يختلف فيها ورد بأن الخلاف أيضاً موجود في حكم القاضي حكاه فضل ، والقول بقبول الشهادة لمطرف وأصبغ ومقابله لابن القاسم وابن الماجشون لا يقبل فيه إلا شاهدان ، لأنه من وجه الشهادة على الشهادة ، وأخذ به ابن حبيب ، ولعل ابن الحاجب شهره إما لأخذ ابن حبيب به ، وإما لأنه قول ابن القاسم ، وإما لكون الشهادة فيه باشرت مالا وإما للمجموع اه .

« غ » قوله أو بأنه حكم له به ، أي وكذا يثبت حكم القاضي بالمال بشاهد وامرأتين

---

(١) (قوله والتي قبلها في ابن الحاجب الشهادة على أداء نجوم الكتابة) نص ابن الحاجب وتثبت الأموال وحقوقها بشاهد ويمين وامرأتين ويمين ، ويطالب المشهود عليه بالشاهد في النكاح والطلاق والعتق بأن يقرأ ويحلف ، فإن امتنع فالأخيرة أن يحبس لهما لا أن يحكم بالشهادة . وقال ابن القاسم يحبس سنة ، وقال سحنون أبداً وأما الشهادة على شراء الزوجة والشهادة على نجوم الكتابة فتثبت وإن ترتب عليهما الفسخ والعتق ، وأما الشهادة بالقضاء بمال فالمشهور لا تمضي وله استحلاف المطلوب وإن نكل لزما بعد يمين .

أو بشاهد ويمين أو بامرأتين ويمين ، فليس كشراء زوجته تمثيلا،ولكنه تشبيه لافادةحكم .
طفي أراد الشارح بقوله ومثل لذلك بقوله كشراء زوجته أن الشيء يكون غير مال ولا آيل له ، لكنه يحكم له بحكم المال فيكفي فيه شاهد وامرأتان أو أحدهما ويمين ، ونصه وأشار بقوله أو بأنه حكم له به إلى أن ما ليس بمال ولا آيل له إذا انتقل بالشهادة لذلك ، أي المال ، فإنه يكفي فيه الشاهد والمرأتان أو أحدهما مع يمين ، وذلك مثل أن يشهد على الزوج أنه اشترى زوجته شاهد وامرأتان أو شاهد مع يمين أو امرأتان مع يمين ، فتصير ملكاً له ، فيجب بذلك فراقها ، وكذلك على دين متقدم يرد به العتق أو يقيم القاذف شاهداً وامرأتين على أن المقذوف عبد فيسقط الحد ، وإنما زاد الشيخ القصاص في الجرح وإن كان ليس بمال ولا آيل له ولا مما يحكم له به ليستوعب جميع الصور اهـ ، فقد ظهر لك من كلامه معنى قوله أو بأنه حكم له به ، وأن شراء الزوجة وما بعده مثالان لذلك ، وكذا المثال الذي زاده ، فالفسخ في الأول ورد العتق في الثاني وسقوط الحد في الثالث ليست بمال ولا تؤول اليه، لكن حكم لها بحكم المال وهو ظاهر ، وهو نحو قوله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب .

وأما الشهادة على شراء الزوجة والشهادة على أداء نجوم الكتابة فتثبت ، وإن ترتب عليه الفسخ والعتق فصلها بأما لأنه ليس بمال محض ، بل مركب من مال وغيره فيثبت البيع في المسألة الاولى وهو مال بالشاهد واليمين ، ويترتب عليه الفسخ وهو ليس بمال ، وإنما حكمنا بذلك لانا لو لم نحكم به لأدى إلى أحد أمرين كلا هما باطل ، إما رد شهادة الشاهد وإما إبقاء الزوجة في عصمة مالكها ، وكذا المثال الثاني يثبت فيه أداء النجوم بشاهد ويمين وإن ترتب عليه العتق اه ، فقد ظهر لك صحة قول الشارح ، وأن قول البساطي لا أدري الخ ، فيه نظر وأما تقرير البساطي ونحوه لغ فهو خلاف قول ابن الحاجب . وأما الشهادة بالقضاء بمال فالمشهور لا تمضي وله استحلاف المطلوب ، وأقره في توضيحه ، وعزا ما شهره ابن الحاجب لابن القاسم ، ولم يعرج على تعقب ابن عبد السلام له ، هذا يدل على أنه أراد في مختصره ما قاله الشارح ، ونقل بعضهم عن ابن رشد

ما قرر به البساطي، وتقدم أن هذه غير الإنهاء كما قال البساطي، وأنه لا معارضة بينهما.

البناني لكن تقرير الشارح مبني على أن المشهود به في ذلك هو البيع ، وهو مال ويؤدي إلى ما ليس بمال وهو الفسخ مثلا ، فلا يصح استدلال طفي بكلام التوضيح على كلام الشارح ، لكن تقرير التوضيح لا تتنزل عليه عبارة المصنف على أن تقرير ابن غازي ومن تبعه أتم فائدة ، والله أعلم .

(و) ك(تقدم دين) محيط بمال المعتق (عتقاً) فيثبت بذلك ، ويرد العتق يعني أن من أعتق رقيقاً وظهر عليه دين محيط به وادعى غرماؤه إن تداينه قبل عتقه وأقاموا عليه شاهد أو امرأتين أو أحدهما، وحلفوا معه يميناً فإنه يثبت بذلك ويرد العتق ويؤخذ الرقيق في الدين (و) ك(قصاص) من جان (في جرح) عمد فيثبت بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين المدعي ، وهذه إحدى المستحسنات . فيها من أقام شاهداً على جرح عمداً فليحلف ويقتصف ، فإن نقل قيل للجارح إحلف وابرأ ، فإن نكل حبس حتى يحلف ، ثم قال قيل لابن القاسم لم قال مالك «رض» ذلك في جراح العمد وليست بمال، فقال كلمت مالكاً في ذلك فقال إنه لشيء استحسنته وما سمعت فيه شيئاً ، وفيها أيضاً كل جرح فيه قصاص فإنه يقتص فيه بشاهد ويمين ، وكل جرح لا قصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والآمة فالشاهد فيه واليمين جائز لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال .

« غ » قوله أو قصاص في جرح معطوف على شراء زوجة وكأنه في معرض الاستثناء من قوله ولما ليس بمال ولا آيل له عدلان . البناني أطلق المصنف وغيره قبول الشاهد مع اليمين في المال وما يؤول اليه وما ألحق بهما . وقال ابن سهل من صح نظره في أموال الناس لم تطب نفسه أن يقضى إلا بالشاهد المبرز في العدالة ا ه ، ونحوه في التبصرة . وفي المعيار سئل ابن لب عن الحكم بالشاهد واليمين فأجاب القضاء بالشاهد مع اليمين مختلف فيه بين أهل العلم ، وقد منعه الحنفية وأجازه المالكية ، لكن قال محمد بن عبد الحكم إنما ذلك في الشاهد العدل البين العدالة ، وحمل على التفسير للمذهب ، وقد كان القاضي

وَلِمَا لَا يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ آمْرَأَتَانِ ، كَوِلَادَةٍ وَعَيْبِ فَرْجٍ ، وَآسْتِهْلَالٍ وَحَيْضٍ ، وَنِكَاحٍ بَعْدَ مَوْتٍ ، أَوْ سَبْقِيَّتِهِ ، أَوْ مَوْتٍ وَلَا زَوْجَةَ ، وَلَا مُدَبَّرَ وَنَحْوَهُ ،

أبو بكر منا لا يحكم به إلا مع شاهد مبرز ولا يأخذ به مع غيره ، أما إن ظهرت ريبة في القضية وكان الأخذ بذلك مؤدياً إلى فسخ عقد ثابت الصحة فلا وجه للأخذ بذلك حينئذ اهـ ، لكن قال الشيخ ابن رحال في حاشية التحفة ظاهر كلام جمهور المالكية أن ما قاله ابن عبد الحكم مخالف للمذهب لا تفسير ، ولم أقف على من قيد كلام أهل المذهب المدونة وغيرها بما قاله ابن عبد الحكم ، وقد يتعذر الاتيان بالمبرز ، انظر كلامه .

(ولما) بكسر اللام وخفة الميم ، أي مشهود عليه من أمر النساء (لا يظهر للرجال) لكونه عورة لهن (امرأتان) عدلتان ، ومثل لما لا يظهر الرجال فقال (كولادة) ولا يشترط حضور المولود على المشهور، وقول ابن القاسم واشترط سحنون حضوره ليشاهده الرجال واختاره ابن رشد (و) كـ(عيب فرج) من أمة اختلف فيه بائعها ومشتريها . وأما عيب فرج الحرة فتصدق فيه ولا ينظرها النساء إلا برضاها . وقال سحنون تجبر على تمكينهن من نظره كالأمة ، وتقدم للمصنف في النكاح وإن أتى بامرأتين تشهدان له قبلنا (و) كـ(استهلال) أي صراخ المولود حين ولادته وعدمه وظاهره كان البدن موجوداً أم لا ، وذكورته أو أنوثته مع يمين القائم بشهادتهن عند ابن القاسم (و) كـ (حيض) من أمة ، وأما الحرة فتصدق فيه .

(ونكاح) ادعاه حي (بعد موت) فيثبت بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين المدعي فيثبت الصداق والارث لا النكاح عند ابن القاسم (أو سبقيته) أي موت أحد القريبين أو الزوجين على موت الآخر فتثبت بعدل وامرأتين وأحدهما مع يمين (أو موت) لرجل (ولا زوجة) له (ولا مدبر) له فيثبت بما ذكر (و) لا (نحوه) أي المدبر من أم ولد وموصى بعتقه ، فإن كان له زوجة أو نحو مدبر فلا يثبت موته إلا

بعدلين . « غ » قوله ونكاح بعد موت أو سبقيته أو موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه حق هذا الكلام أن يتقدم على قوله ولما يظهر للرجال امرأتان منتظماً في سلك ما يقبل فيه عدل وامرأتان أو أحدهما بيمين ، فلعله كان ملحقاً في المبيضة فوضعه الناسخ في غير موضعه .

(و) إن شهد امرأتان باستهلال المولود (ثبت الإرث والنسب له) أي المولود (وعليه) أي المولود (بلا يمين) مع شهادة المرأتين . « غ » يجب أن يوصل بقوله ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فرج واستهلال وحيض كما في عبارة ابن الحاجب ، وقد فسره في التوضيح بأن النسب والميراث يثبتان بشهادة امرأتين بالولادة والاستهلال للمولود ، وعليه فإن شهدتا أنه استهل ومات بعد أمه ورثها وورثه وارثه ، وقال ابن عرفة لم يتعرض ابن عبد السلام لشرح قول ابن الحاجب ويثبت الميراث والنسب له وعليه ، وقرره ابن هرون بقوله مثل أن تشهد امرأتان بولادة أمة أقر سيدها بوطئها وأنكر ولادتها ، فإن نسب الولد لا حق به ، وكذا موارثته إياه له وعليه .

ابن عرفة هذا كقول آخر أمهات الأولاد من المدونة ، وإن ادعت أمة أنها ولدت من سيدها فأنكر لم أحلفه لها إلا أن تقيم رجلين على إقرار سيدها بوطئها وامرأتين على ولادتها فتصير أم ولد ويثبت النسب للولد إن كان معها ولد إلا أن يدعي سيدها استبراءها بعد وطئها فذلك له ، وهذا نص في جواز شهادتهن فيما لا تجوز فيه شهادتهن إذا كان لازماً لما تجوز فيه شهادتهن ، وهو في الموطأ أو غيره ا هـ . ومن تمام نص المدونة وإن أقامت شاهدين على إقرار السيد بوطئها وامرأتين على ولادتها أحلفته وأطلق في قوله بلا يمين كابن الحاجب . قال في التوضيح كذا قال مالك رضي الله تعالى عنه وأطلق ولا خلاف في هذا وإن كان القائم بشهادتهن يتيقن صدقهن كالبكارة والثيوبة ، فحكى اللخمي والمازري في إلزامه اليمين قولين . ابن عبد السلام ولا يطرد هذا الخلاف في هذا الفصل .

(و) إن شهد بالسرقة عدل وامرأتان أو أحدهما حلف المدعي فإنه يثبت (المال دون القطع) ليد الشهود عليه (في) شهادة رجل وامرأتين أو أحدهما ويمين على مكلف

في سَرِقَةٍ : كَقَتْلِ عَبْدٍ آخَرَ ، وحِيلَتْ أَمَةٌ مُطْلَقاً :

بـ (سرقة) « غ » أراد بشهادة عدل وامرأتين أو أحدهما بيمين ولو وصله به لكان أحسن ، وقد نكت في توضيحه على ابن الحاجب في كونه لم يصله بالأموال ، إذ قال هنا ولو شهد على السرقة رجل وامرأتان ثبت المال دون القطع مع أنه لا يوهم كون ذلك بشهادة امرأتين فقط ، فما الظن بهذا ، ولكنه اتكل على تمييز ذهن السامع اللبيب .

وشبه في ثبوت المال دون القتل فقال (كقتل عبد) من إضافة المصدر لفاعله ومفعوله قوله عبداً (آخر) بمد الهمز وفتح الخاء المعجمة ، فإنه يثبت بشهادة عدل وامرأتين أو أحدهما ويمين المال ، أي قيمة العبد المقتول أو نفس العبد القاتل إن لم يفده سيده بقيمة المقتول وسلمه لسيده ولا يثبت بهذه الشهادة القتل قصاصاً (وحيلت) بكسر الحاء المهملة وسكون التحتية ، أي منعت وأبعدت (أمة) بفتح الهمز والميم من حائزها ادعت حريتها أو ادعى آخر أنها ملكه (مطلقاً) عن التقييد بكونها رائعة وبطلب حيلولتها ويكون حائزها غير مأمون ، وجعلت عند أمينة حتى يتضح أمرها لحق الله تعالى . «غ» أي رائعة كانت أو غير رائعة بيد مأمون كانت أو غير مأمون طلب القائم الحيلولة أو لم يطلبها لحق الله تعالى ، ولذا قال بعدها كغيرها إن طلبت ، أي كغير الأمة إن طلبت الحيلولة .

شب إن كان الحائز مأموناً فلا يحال بينه وبين الأمة ، ويؤمر بترك التمتع بها حتى يتضح حالها كالابن الحاجب والشامل تبعاً لها في تضمين الصناع ، وبه قرر اللقاني ، وكلام ابن عرفة أفاد أنه المذهب . البناني ذكر ابن الحاجب القولين ، وصدر بالأول فأفاد ترجيحه ونصه وتحال الأمة وإن لم تطلب إلا أن يكون مأموناً عليها. وقيل تحال الرائعة مطلقاً اهـ ، وبالأول جزم ابن رشد ، ونصه إن ادعت الجارية أو العبد الحرية فإن سبباً لذلك سبباً كالشاهد العدل أو الشهود غير العدول وقف السيد عن الجارية وأمر بكفه عن وطئها إن كان مأموناً ، وان لم يكن مأموناً وضعت على يد امرأة ، انظر تمام كلامه في المواق وعليه اقتصر ابن عرفة ، فدل على أنه المذهب ، وبه تعلم ما في كلام «غ» ، إذ قال كانت بيد مأمون أو غير مأمون ونحوه لأحمد ، والله أعلم .

كَغَيْرِهَا ، إنْ طَلَبَتْ بِعَدْلٍ ، أوِ اثْنَيْنِ يُزَكَّيانِ ،

وشبه في الحيلولة فقال (كغيرها) أي الأمة من المعينات كبقرة وفرس وثوب وكتاب فتجب الحيلولة فيه بينه وبين حائزه المدعى عليه (إن طلبت) بضم فكسر الحيلولة من المدعي وقد أتى (بعدل) شاهد له به وزعم أن له شاهداً ثانياً (أو) أتى بـ (اثنين) شهدا له به (يزكيان) بفتح الكاف ، أي يتوقف الحكم بهما على تزكيتهما، وظاهره سواء كان المدعى عليه بلدياً أو غريباً . وقال البساطي الفقه يقتضي أخذ المعين من الغريب إلا أن يأتي بضامن على نظر في قبوله لاحتمال هروبه وتغييب المعين . وأما العقار فالظاهر أنه لا يحال بينه وبينه إلا بنصاب كامل. طفي ما استظهره البساطي في العقار مخالف للنقل المعتمد ، لأنه إن أراد بكمال النصاب أنهما زكيا وحاز المشهود به فهو وإن كان قولاً جرى به القضاء خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة إن العقار لا يوقف بحال .

ابن رشد اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق،وتكون الغلة له ويجب به التوقيف على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه لا يدخل في ضمانه ، ولا تجب له الغلة حتى يقضي له به وهو الآتي على قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الغلة للذي هي بيده حتى يقضى بها للطالب ، فعليه لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته ، وهذا قول ابن القاسم في المدونة أن الربع الذي لا يحول ولا يزول لا يوقف مثل ما يحول ويزول ، وإنما يوقف وقفاً يمنع من الإحداث فيه ا هـ ، ثم ذكر بقية الأقوال .

ابن عرفة مقتضى نقله أنه على القول الأول لا يجب التوقيف بمجرد شهادة شاهدي عدل ا هـ ، ولا شك أن هذا القول هو الذي درج عليه المصنف لقوله والغلة له للقضاء،وبه تعلم أن قول تت صفة الإيقاف غلق الدار خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وخلاف كلام المصنف ، وإن قال به جماعة من الموثقين وهو قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الموطأ ، وقول ابن القاسم في العتبية ومعنى قولها في القول الأول يوقف وقفاً يمنع من الإحداث فيه أن يقال للذي هو عنده ، وفي يده لا تحدث فيه حدثاً من تفويت ولا تغيير ولا يخرج من يدك قاله أبو الحسن .

وَبِيعَ مَـــا يَفسُدُ ، وَوُقِفَ ثَمَنُهُ مَعهُمَا ، بِخِلاَفِ ٱلعَدْلِ فَيَحْلِف ، وَيُبقَى بِيَدِهِ .

(وبيع) بكسر الموحدة قبل المثناة التحتية (ما) أي المدعى به الذي (يفسد) بتأخيره إلى تمام الشهادة كطري لحم وفاكهة ومطبوخ (ووقف) بضم الواو وكسر القاف (ثمنه) بيد عدل (مع) الشهادة منـ (هما) أي الشاهدين المحتاجين للتزكية (بخـــلاف) شهادة (العدل فـ) لا يباع المدعى به بسببها و (يحلف) المدعى عليه أن المدعي لا يستحق شيئاً منه (ويبقى) بضم ففتح مثقلا المدعى به (بيده) أي المدعى عليه .

الحط يعني أن من ادعى شيئاً يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه ، وأقام شاهدين واحتيج إلى تزكيتهما ، فإن ذلك الشيء يباع ويوقف ثمنه ، بخلاف ما إذا أقام عدلاً واحداً فإن المدعى عليه يحلف ويترك الشيء بيده ، هكذا قال ابن الحاجب متبرئاً منـــه بقوله قالوا وقبله في التوضيح . وقال تبرأ منه لإشكاله ، وذلك لأن الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني ، كذلك يتوقف على عدالة الشاهدين . فأما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما أو يخلى بيده فيهما . وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه فلما ترك ذلك اختياراً صار كأنه مكنه منه ، بخلاف من أقام شاهدين أو شاهد أو وقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك ، لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم .

وأشار المازري إلى فرق آخر ، وهو أن الشاهدين المجهولـين أقوى من الواحد ، لأن الواحد يعلم قطعاً انه غير مستقل والشهيدان المجهولان إذا عدلا فإنما أفاد تعديلهما بعـــد الكشف عن وصف كانا عليه حين شهادتهما ، ويحتمل أن يكون وجه الإشكال ما ذكره ابن عبد السلام مقتصراً عليه ، فإنه قال إنمـــا تبرأ منه لأنهم مكنوا من الطعام من هو بيده بعد شاهد ولم يمكنوه منه إن قـــام عليه شاهدان ، بل قالوا يباع ويوقف ثمنـــه والشاهدان أضعف .

قال فان قلت ولأجل أن الشاهد أضعف من الشاهدين أبقي الطعام بيد المدعي ، لأنه إذا اضعفت الدعوى لضعف الحجة ضعف بسبب ذلك أثرها ، فإبقاء الطعام بيده ليس هو

لما توهم من تقديم الأضعف على الأقوى ، بل هو عين ترجيح الأقوى . فأجاب عن ذلك لو كان صحيحاً للزم مثله فيما لا يخشى فساده أن يحلف من هو بيده ويترك له يفعل فيه ما أحب . قال ويجاب عن أصل المذهب بأن ما يخشى فساده قد تعذر القضاء بعينه للمدعي لخشية فساده قبل ثبوت دعواه . فلم يبق إلا النزاع في ثمنه ، فهو كدين على من هو بيده فمكن منه بعد أن يحلف ليسقط حق المنازع في تعجيله له ، ولا يلزم مثل ذلك فيما قام عليه شاهدان ، لأن حق المدعي فيه أقوى من حق المدعى عليه ا هـ ، كلام التوضيح .

ابن عرفة حاصل كلامه أن المذهب عنده هو ما نقله ابن الحاجب ، وأشار إلى التبري منه وهو أن الشاهد الواحد فيما يخشى فساده يوجب عدم تمامه حين خوف المدعي فيه تسليمه للمدعى عليه دون بيعه ، وإن عدم عدالة الشاهدين حينئذ لا يوجب ذلك ، بل يوجب بيعه ووقف ثمنه ، ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص العطار مراعياً أصول المذهب علم أن ما فهمه الشيخ عن المذهب ، وفسر به كلام ابن الحاجب غير صحيح . فيها إن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه وأقام شاهداً واحداً وأثبت لطخاً وقال لي بينة حاضرة أجله القاضي لإحضار شاهدان قال لي شاهد ولا أحلف ، أو بينة ما لم يخف الفساد على ذلك الذي ادعى واستونى ، فإن أحضر ما ينتفع به وإلا خلى بين المدعى عليه وبين متاعه إن كان هو البائع ، ونهى المشتري أن يعرض له وإن كان أقام شاهدين فكان القاضي ينظر في تعديلهما وخاف عليه الفساد أمر ببيعه ووضع ثمنه على يد عدل ، فان زكيت البينة قضى للمشتري بالثمن إن كان هو المدعي وأخذ من المشتري الثمن الذي شهدت به البينة فدفع للبائع كان أقل أو أكثر ، ويقال للبائع أنت أعلم بما زاد ثمن المشتري الذي جحدت البيع به على ثمن سلعتك وإن لم تزل البينة على الشراء دفع القاضي الثمن للبائع ، فان ضاع الثمن قبل القضاء به لأحدهما فضمانه ممن يقضى له به .

عياض قوله في توقيف ما يسرع له الفساد إذا قال المدعي عندي شاهد واحد ولا أحلف معه أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفساد ، وإلا خلى بين المدعى عليه وبين متاعه ممنى

قوله ولا أحلف معه ، أي البتة ولو أراد لا أحلف معه الآن لأني أرجو شاهداً ، فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي فساده وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما ، فقد جعله ببيعه هنا ونحن على شك من تعديلهما ، وهو إن لم يثبت بطل الحق وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر ويثبت الحق ، فحاصلها إن لم يقم المدعي إلا لطخاً قاصراً عن شاهد عدل وعن شهيدين ممكن تعديلهما وقف المدعي فيه ما لم يخش فساده ، فان خشى فساده خلى بينه وبين المدعى عليه ، وكذا إن أقام شاهداً عدلاً وقال لا أحلف معه بوجه وإن قال أحلف معه أو أتى بشاهدين ينظر في تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره في الأم ، ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار ، وزاد إن كان أتى الطالب بشاهد واحد ولم يزكه وهو قابل للتزكية فهو كقيام شهيدين ينظر في تزكيتهما يباع المدعي به لخوف فساده . ونقل أبو ابراهيم قول عياض ولم يتعقبه .

ثم قال ابن عرفة وقول ابن عبد السلام في سؤاله وجوابه . قلت لو كان هذا صحيحاً لزم فيما لا يخشى فساده واضح رده بأن الحكم المذكور وهو تسليمه للمدعى عليه أو بيعه ووقف ثمنه علل في كل الروايات بخوف فساده حين عدم حجة المدعى عدما لا يوجب تعجيزه ، وهذه العلة مفقودة فيما لا يخشى فساده .

وقوله غير أنه يمكن الجواب الخ مبني على فهمه أن المذهب التفرقة بين الشاهد الواحد والشاهدين ، وتقدم رده وعلى تسليمه يرد جوابه بأن اللازم حينئذ كونه كدين على من هو بيده ، وهذا إنما يوجب عدم بيعه عليه لا الزيادة الثابتة في رواية المدونة ، وهي قوله ونهى المشتري عن التعرض له ، لأن ظاهرها أنه لا يعرض له مطلقاً لا في عين المدعي به ولا في تعلقه بذمته ولو بقيت دعواه في ثمنه لوقف ثمنه ، ولا سيا إن كان المدعى عليه غير ملىء بثمنه وموجب كلام الشيخ عدم وقوفه على كلام عياض والله أعلم بمن اهتدى .

الحط والحاصل أن قوله بخلاف العدل فيحلف معه ويبقى بيده يقيد ذلك بما إذا قال

وإنْ سَأَلَ ذُو ٱلعَـدْلِ أو بَيِّنَةِ سُمِعَتْ ، وإنْ لَمْ تَقْطَعْ : وَضْعَ قِيمَةِ ٱلعَبْدِ لِيَذْهَبَ بِـهِ إلَى بَلَدٍ يُشْهَدُ لَهُ عَلَى عَيْنِهِ : أُجِيبَ ، لا إنِ ٱنْتَفَيَا ، وطَلَبَ إيقَافَهُ لِيَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ ، وإنْ بِكَيَوْمَيْنِ ، إلاَّ أنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَـةً حَاضِرَةً ، أوْ سَمَاعاً يَثْبُتُ بِـهِ ، فَيُوقَفُ وَيُوَكَّـلُ بِـهِ

المدعي أنا لا أحلف البتة مع شاهدي العدل ، وإنما أطلب شاهداً ثانياً ، فإن وجدته وإلا حلفت ، فإن المدعي فيه يباع ويوقف ثمنه كما يباع ويوقف ثمنه مع الشاهدين على ما قاله عياض وأبو حفص العطار ، وقبله ابن عرفة والله أعلم .

(وإن) كان عند القاضي عبد أبق فادعى شخص أنه عبده أبق وأقام شاهداً عدلا أو بينة سماع على ذلك بلا قطع و (سأل) أي طلب من القاضي (ذو) أي صاحب الشاهد (العدل) الذي شهد له بأن العبد الآبق الموقوف عند القاضي له (أو) سأل مقيم (بينة سمعت) أنه له (وإن لم تقطع) بأنه له واوه للحال وإن مؤكدة ، ومفعول سأل قوله (وضع قيمة العبد) عند القاضي وأخذ العبد (ليذهب) السائل (به) أي العبد (إلى بلد يشهد) بضم التحتية (له) أي السائل فيه (على عينه) أي العبد انه له عند قاضي ذلك البلد ، وينهى بثبوته للقاضي الأول ليدفع القيمة الموقوفة عنده للسائل.

وجواب إن سأل (أجيب) السائل (لذلك) أي وضع القيمة والذهاب بالعبد (لا) يجاب لذلك (إن انتفيا) أي العدل وبينة السماع (و) طلب المدعي عبداً في يد غيره (إيقافه) أي العبد على يد عدل أو وضع قيمته (ليأتي) الطالب (ببينة) بعيدة ، بل (وإن) كانت قريبة (بكاليومين) لاتهامه بأنه لا بينة له ، وإنما أراد اضرار المدعى عليه وتعطيل منفعة العبد في تلك المدة (إلا أن يدعي) المدعي (بينة حاضرة) بالبلد قاطعة بأن العبد له (أو) يدعي (سماعاً) فأشياء من الثقات وغيرهم (يثبت به) أن العبد له (فيوقف) العبد (ويوكل) بفتح الواو والكاف مثقلا وكيل (به) أي على حفظه

فِي : كَيَوْمٍ ، وَالْغَلَّةُ لَهُ لِلْقَضَاءِ ، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْمَقْضِيِّ لَهُ بِهِ
وَجَازَتْ عَلَى خَطٍّ مُقِرٍّ بِلاَ يَمِينٍ ،

حق يأتي المدعي ببينته (في كيوم والغلة) بفتح الغين المعجمة وشد اللام الناشئة عن المدعي به (له) أي المدعى عليه (للقضاء) به للمدعى قاله الإمام مالك «رض» في المدونة (والنفقة) على المدعي به بعد الدعوى وقبل القضاء (على المقضي له به) سواء كان المدعي أو المدعى عليه ، فإن قضى به للمدعى عليه فواضح ، وإن قضى به للمدعي رجع بها المدعى عليه على المدعي فيها ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به ، ثم قال والغلة أبداً للذي هو في يده لأنه ضمانه منه حتى يقضى به لطالبه .

أبو الحسن في المسألة ثلاثة أقوال ، النفقة ، والغلة لمن هو بيده . وقيل لمن يقضى له به والتفصيل وهو ظاهر الكتاب وهو مشكل ، فقال بعضهم وجهه أنه لما ادعى العبد كأنه أقر بأن نفقته عليه فيؤخذ بإقراره ولا يصدق في الغلة ، لأنه مدع فيها .

(وجازت) الشهادة (على خط) شخص (مقر) بضم فكسر وشد الراء ، أي بحسب دلالة خطه بأن كتب بخطه لفلان عندي دينار من قرض أو قبضت من فلان الدين من الذي كان لي عليه أو زوجتة فلانة طالق أو عبده فلان حر أو عفوت عن قاذفي فلان أو قاطع طرفي أو قاتل وليي ، وإن كان منكراً الآن وإلا فلا حاجة للشهادة على خطه ويعمل بها اتفاقاً عند ابن المواز ، وعلى المشهور من روايتين حكاهما في الجلاب (بلا يمين) على المشهود له المقر له ، وصححه ابن الحاجب ، وظاهره سواء كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق أو كتب ذكر الحق ولم يكتب شهادته على نفسه ، ففي رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ، وسئل مالك «رض» عن رجل كتب على رجل ذكر حق وأشهد فيه رجلين فكتب الذي عليه الحق شهادة على نفسه بيده في ذكر الحق وهلك الشاهدان ثم جحد المكتوب الشاهد على نفسه فاتى رجلان فقالا إنه كتابه بيده ، فقال مالك رضي الله تعالى عنه إذا شهد عليه شاهدان أنها كتابته بيده رأيت أن يؤخذ منه الحق ولا ينفعه إنكاره ، وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد وشهد عليه شاهدان باقراره فاري أن يغرم ا هـ .

ابن رشد هذا بين على ما قاله ، لأن شهادة الرجل على نفسه إقرار عليها وإقراره على نفسه شهادة عليها ونقله ابن عرفة . شب لا فرق بين كون الوثيقة كلها بخطه أو المكتوب بخطه صيغة الإقرار والباقي بخط غيره أو كونها كلها بخط غيره ، وكتب بخطه على طرفها المنسوب إلي فيها صحيح أو أشهد على نفسي بما كتب علي في هذه الوثيقة والراجح أنه لا يكفي في الشهادة على خط المقر إلا عدلان ، وإن كان الحق مما يثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما ويمين لأنها على خط الواحد كالنقل عنه ، ولا ينقل عنه إلا اثنان ولو في المال ، وصوبه البرزلي وصححه في الجلاب ولا يمين على المقر له ، زاد عب ولا بد من حضور الخط ، وينتزع بها من يد حائز فهي أقوى من شهادة السماع .

البناني أما حضور الخط فقال ابن عرفة فتوى شيخنا ابن عبد السلام بان شرط الشهادة على الخط حضوره ، ولا تصح في غيبته صواب ، وهو ظاهر تسجيلات الموثقين . المتيطي وغيره ونقل في المعيار عن أبي الحسن الصغير أنه سئل عن شاهدين نظرا وثيقة بيد رجل وحفظا وتحققا ما فيها وعرفا شهودها ، وأنهم ماتوا بوسم العدالة ثم ضاعت الوثيقة فاجاب بان القاضي يعمل على ذلك ، إذ لا فرق عنده بين حضورها وغيبتها ، ثم قال صاحب المعيار وانظر ما يناقض هذه الفتوى في المتيطي وابن عرفة وهو الصحيح الذي لا يلتفت إلى غيره ا هـ .

وأما كون الخط لا يثبت إلا بعدلين على المعتمد دون الشاهد واليمين ففيه نظر ، بل المعتمد ثبوته الشاهد واليمين ، إذ هو الذي يفهم من ضيح ، ونصه فرع إذا أقام صاحب الحق شاهداً واحداً على الخط فروايتان حكاهما ابن الحاجب ، وهما مبنيان على أنه إذا شهد له اثنان هل يحتاج إلى يمين أم لا ، فمن قال لا يحتاج اليها أعمل الشهادة هنا ومن قال يحتاج أبطلها هنا ، وإذا قلنا يحكم له به فيحتاج إلى يمينين يمين مع شاهده ويمين أخرى ليكمل السبب الشار مساحي في شرح الجلاب ، وصح أن يحلف يمينين في حق واحد ، لأنها على جهتين مختلفتين ا هـ ، فيفهم من بنائه الحكم بشاهد ويمين في الخط على عدم

وَخطٌّ شَاهِدٍ مَاتَ ، أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ ، وإِنْ بِغَيْرِ مَالٍ فِيهِمَا ،

الاحتياج مع الاثنين إلى يمين الذي هو المعتمد كما في المتن أن المعتمد ثبوته بشاهد ويمين ، وعليه اقتصر «ق» ، والله أعلم .

(و) جازت على (خط شاهد) كتبه في وثيقة و (مات) الشاهد (أو غاب) الشاهد (ببعد) بضم الموحدة أي بمحل بعيد . ابن عبد السلام هو ما ينال الشاهد في حضوره منه لأداء الشهادة مشقة ، وجرت العادة عندنا ان اختلاف عمل القضاة ينزل منزلة البعد وإن كان ما بين العملين قريباً ، وحدة ابن الماجشون بمسافة القصر وأصبغ بما بين مكة والعراق أو إفريقية من مصر ، فلا تصح الشهادة على خط الحي الحاضر أو قريب الغيبة ، وتجوز على خط المقر والشاهد إن كانت بمال ، بل (وإن) كانت (بغير مال فيهما) أي المقر والشاهد .

الحط هذا الذي اختاره رحمه الله تعالى أن الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والإعتاق ونحوهما ، وكأنه رحمه الله اعتمد فيه على ما ذكره في توضيحه عن أحكام ابن سهل ، ونصه في أحكام ابن سهل عن محمد بن الفرج مولى ابن الطلاع أنه قال الأصل في الشهادة على الخطوط من قول الإمام مالك وأكثر أصحابه رضي الله تعالى عنهم أنها تجوز في الحقوق والطلاق والأحباس وغيرها اهـ ، وهو خلاف ما نقله البرزلي عن السيوري أنه قال لا تجوز الشهادة على الخط في طلاق ولا إعتاق ولا حد من الحدود على ما في الواضحة وغيرها اهـ .

وفي نوازل ابن رشد فيمن قيم عليه بعقد تضمن إشهاده على نفسه أنه متى تزوج فلانة فهي طالق ثلاثاً ، وتزوجها وأنكر العقد فشهد شهود أن العقد خط يده ، فقال إن كان العقد الذي قيم به على الرجل المذكور ثبت بشهادة الشهود الذين أشهدهم على نفسه بما تضمنه وعجز عن الدفع ، فالذي أراه وأتقلده أن يفرق بينهما وهو الصحيح عندي من الأقوال المشهورة في المذهب ، ولا يكون ذلك جرحة تسقط شهادته إلا أن يقر على نفسه أنه تزوجها بعد حلفه بطلاقها البتة أن لا يتزوجها ، وهو يعتقد أنه لا يحل له جرأة على الله تعالى ، إذ لو أقر بطلاقها على ما تضمنه العقد وقال إنما تزوجها لاعتقاده أنه يسوغ له

لاختلاف أهل العلم فيه لعذر فيما فعله ، ولم يكن جرحة لا سيما إن كان ممن ينظر في العلم وسمع الأحاديث . وأما إن لم يثبت العقد الذي قيم به عليه إلا بالشهادة على الخط ، فلا يحكم به عليه إن أنكره ، ولا يفرق بينهما وإن عجز عن المدفع في شهادة من شهد عليه أنه خط يده ، لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا إعتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود على ما نص عليه ابن حبيب في واضحته وغيره ، ولو أقر أنه خطه كتبه بيده وزعم أنه لم يكتبه عازماً على إنفاذه،وإنما كتبه على أن يستشير وينظر لصدق في ذلك على ما قاله في المدونة ، والله أعلم .

ونقل ابن حبيب فيها عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أنها لا تجوز في طلاق ولا إعتاق ولا حد من الحدود ولا كتاب قاض ، وإنما تجوز في الأموال فقط ، وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا الشاهد مع اليمين فلا تجوز على الخط ، وحيث يجوز هذا يجوز هذا . وفي رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات في امرأة كتب لها زوجها بطلاقها مع من لا تجوز شهادته إن وجدت من يشهد لها على خطه نفعها ذلك أن يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق .

ابن رشد كان يمضي لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ما ذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ هو مذهب مالك لا خلاف فيه ، وأن معنى قوله في الرواية نفعها أن يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق ، والذي أقول به أن معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا إعتاق ولا نكاح لا انها لا تجوز على خطه أنه طلق أو أعتق أو نكح ، بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال وهو بين من قوله فالصواب أن يحمل قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه نفعها على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه إذا شهد على خطه شاهدان عدلان ، وذلك إذا كان خطه بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب إلى رجل يعلمه بأنه طلق زوجته أو إليها يعلمها بذلك . وأما إن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا يحكم عليه إلا أن يقر أنه كتبه مجمعاً على

الطلاق . وفي قبول قوله انه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد أن أنكر أنـــه كتبه اختلاف ا ه ، فاختيار ابن رشد ثالث فرق فيه بين الشهادة على خط الشاهد فلا تجوز إلا في الأموال والشهادة على خط المقر ، فتجوز في الأموال وغيرهـا إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق أو أعتق أو نحو ذلك .

وأما إذا كان الخط إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا ، وذكر ابن عرفـة عن ابن سهل والباجي نحو اختيار ابن رشد ، وظاهر مـــا تقدم عن ابن رشد أن قول مطرف وابن الماجشون على ظاهره ، وقال في نوازله ظاهر مـــا حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الأموال لا على خط الشاهد ولا على خط المطلق أو المعتق وسائر ما ليس بمال ، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه ، ومعناه إذا وجد الكتاب بالعتق عنده بعد موته أو بيده في حياته لأنه لو أقر أنه خطه وقـال كتبته على أن استخير في تنفيذه ولم أنفذه بعد لصدق في ذلك .

وما إذا كان دفعه إلى العبد أو كان قد نص فيه على أنـــه أنفذه على نفسه فالشهادة عليه عاملة كالشهادة على خطه بالإقرار بالمال ، وهو ظاهر رواية أشهب عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما في العتبية ، وما في مختصر ابن عبد الحكم ا ه ، ابن فرحون بعـــد نقل قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ. ابن راشد هذه التفرقة لا معنى لها إلا أن يريد أن الأموال أخف ، والصواب الجواز في الجميع . ابن الهندي يلزم من أجازها في الإحباس القديمة إجازتها في غيرها ، لأن الحقوق عند الله تعالى سواء .

ومحل جواز الشهادة على خط المقر أو الشاهد (إن عرفته) أي البينة الخط معرفة تامة متيقنة (كـ) معرفة الشيء (المعين) بضم ففتحتين مثقلاً ، أي الذي يعرف بعينه من آدمي وغيره فلا تقبل الشهادة على الخط إلا من فطن عارف ممارس للخطوط . ابن عات الخط شخص قائم ومثال مماثل تبصره العين ويميزه العقل كتمييزه سائر الأشخاص والصور (و) عرفت (أنه) أي الشاهد المشهود على خطه (كان يعرف) أي المشهود

على خطه (مشهده) بضم الميم وسكون الشين المعجمة وكسر الهاء ، أي الشخص الذي أشهده قاله ابن زرب . ابن رشد هو الصحيح ولا ينبغي أن يختلف فيه (و) عرفت أن الشاهد المشهود على خطه (تحملها) بفتحات مثقلا أي كتب شهادته بخطه هذا حال كونه (عدلاً) مرضي الشهادة .

الحط. اشتراط معرفتهم أنه كان يعرف مشهده أحد قولين ومعرفتهم تحمله عدلاً تعديل للمشهود على خطه ، وظاهر كلامه أن الشاهدين على الخط لا بد أن يشهدا بذلك ، وذكر المتيطي أنه لا يشترط ذلك ، بل يكفي أن يشهد بذلك غيرهما . قال في كتاب الحبس في فصل ذكر فيه إن قائماً قام بالحسبة أن فلاناً باع حبساً ما نصه وإن كان الشهود الذين شهدوا على خطوط موتى في كتاب .

قلت فأتى إليه بفلان وفلان فشهدا عنده أن شهادة فلان وفلان الواقعة في كتاب الحبس المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط أيديهما لا يشكان في ذلك ، وأنهما ميتان فقبل القاضي شهادة الشهيدين عنده ، وشهادة الشهيدين المشهود على خطهما وإن عدلهما غير الشهيدين على خطهما جاز ،وقلت في أثر قولك إنهما ميتان وإنهمايوسم العدالة ،وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما المذكورة وبعدها إلى أن توفيا وإن عدلهماعنده غيرالشهيدين اللذين شهدا على خطوطهما . قلت في الشهيدين وقبل شهادتهما لمعرفته بهما، وقبل شهادة فلان وفلان المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده بالعدل والرضا إلى أن توفيا على ذلك .

البناني قوله وإنه كان يعرف مشهده جعله المصنف شرط صحة ، وهو الذي نقله ابن رشدعن ابن زرب، ابن رشد وهوصحيح لاينبغي أن يختلف فيه،ونقل ابن عرفة عن المتيطي أنه شرط كمال فقط ، والأول ظاهر ، وعليه العمل عندنا. ومحل الخلاف إذا كانت الوثيقة المشهود عليها خالية من التعريف لم يذكر فيها ، وعرفه أو عرف به ، فلو كان فيهاماذكر فقال بعض الشيوخ لا يحتاج لهذا الشرط اتفاقاً ، ويدل عليه ما نقله ابن عرفة عن المتيطي قوله وتحملها عدلاً ليس المراد به حقيقة التحمل ، بل وضعها في الرسم ، فلو قال المصنف

ووضعها في الرسم عدلاً كان أصوب ، وما ذكره هو تعديل للمشهود على خطه ، وظاهر كلامه أن الشاهد على الخط لا بد أن يشهد بذلك ، وذكر المتيطي أنه لا يشترط ، بل يكفي أن يشهد بذلك غيرهما انظر «ح» .

وإذا كتبت وثيقة بحق وكتب شخص بخطه أنه شهد بما فيها ثم نسي ما فيها ونسي شهادته به وعرف خطه الذي كتبه بشهادته بما فيها ف(لا) يشهد بما فيها معتمداً (على خطه نفسه) الذي عرفه وتيقن أنه خطه (حتى يذكر) أي يتذكر ما فيها وأنه شهد به (و) إن لم يتذكر ذلك (أداها) أي الشهادة أي يشهد عند القاضي بأن هذا خطه ، وأنه ناس ما في الوثيقة وناس شهادته به (بلا نفع) للطالب في هذه التأدية ، وظاهره وإن لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة ، وظاهره وإن ذكر بعض ما فيها . وللإمام مالك «رض» إن لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد بما في الوثيقه معتمداً على خطه ، ولا يخبر الحاكم بنسيانه ، وقال مطرف لا يشهد حتى يذكر بعضه . البناني لا على خط نفسه حتى يذكرها .

ذكر في ضيح عن البيان في هذه خمسة أقوال ، وما ذكره هنا هو مذهب المدونة . ابن رشد وكان الإمام مالك يقول إن عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيئاً منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد ، وبه أخذ عامة أصحابه مطرف وعبد الملك والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب وابن حبيب وسحنون . مطرف وعليه جماعة الناس . مطرف وابن الماجشون وليقم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حتى وإن لم يحفظ ما في الكتاب عدداً ولا مقعداً ، ولا يعلم القاضي أنه لم يعرف إلا عين خطه ، فإن أعلمه لزم الحاكم ردها . وفي التوضيح صوب جماعة أن يشهد إن لم يكن محو ولا ريبة بأنه لا بد للناس من ذلك لكثرة نسيان الشاهد المنتصب للشهادة ، ولأنه إن لم يشهد حتى يذكرها لما كان لوضع خطه فائدة، وذكر ابن ناظم التحفة وابن فرحون أنه الذي جرى به العمل ، ونظمه في التحفة وجرى به العمل عندنا أيضاً بفاس قاله بعض من ألف في عملها عند سيدي العربي الفاسي .

(تنبيهات)

الأول : طفي قوله وأداها بلا نفع نحوه في المدونة . ابو الحسن ابن محرز وجه ما في الكتاب أن يقول هو لا ينتفع بها عندي ، ولكن يرفع إلى القاضي يجتهد فيه . ابن رشد هذا يدل على القول بتصويب جميع المجتهدين . وقال ابن المواز لا يرفعها ، وهو قياس على قول من قال إن المجتهد قد يخطىء الحق عند الله تعالى وإن لم يقصر في اجتهاده وامتثل أمر الله تعالى فيه .

الثاني : تت ظاهر كلام المصنف سواء كان ذكر الحق والشهادة بخطه أو لم يكن بخطه إلا الشهادة ، وهو كذلك على أحد قولين حكاهما ابن حارث .

الثالث : تت ظاهره أيضاً كانت الشهادة في كاغد أو رق بباطن الكاغد أو ظاهره وهو كذلك على خلاف فيه .

الرابع : تت ظاهره عرف عدة الماء أو لا وهو كذلك رواه ابن وهب في العتبية . وقال ابن نافع إن لم يعرف عدد المال عرف الإمام بذلك ولا أراه ينفعه .

الخامس : جواز الشادة على الخط لم يختلف فيه كلام الإمام مالك«رض» في الأمهات المشهورة . ابن فرحون هو مشهور المذهب . اللخمي هو الصحيح للضرورة ، وقال ابن سهل عن ابن الماجشون الشهادة على الخط باطلة ، وما قتل عثمان بن عفان « رض » إلا على الخط . وقال الباجي مشهور قول الإمام مالك «رض» أنها لا تجوز على خط الشاهد ، رواه محمد ، واختاره . وروى ابن القاسم وابن وهب في العتبية والموازية اجازتها وقاله سحنون وقال أصبغ هي قوية في الحكم ، وزاد المتيطي عنه لا يعجل الحكم لغيبته ، وليتثبت. اللخمي الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين، لأنها ضرورة ، وعلى معروف المذهب من العمل بالشهادة على خط المقر . قال المازري نزلت مسألة منذ نيف وخمسين سنة وشيوخ الفتوى متوافرون ، وهي أن رجلين غريبين ادعى أحدهما على صاحبه بمال جليل فأنكره ، فأخرج المدعي كتاباً فيه إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه ، ولم يوجد من يشهد عليه فطلب المدعي كتبه ، فأفتى شيخناأبو

الحسن اللخمي إنه يجبر على ذلك وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلاً لا يمكن فيه أن يستعمل خطاً غير خطه ، وأفتى شيخنا عبد الحميد بانه لا يجبر على ذلك ، ثم اجتمعت بعد ذلك بالشيخ أبي الحسن ، وأخذ معي في إنكار ما أفتى به صاحب الشيخ عبد الحميد ، فقلت به احتج بأنه كالتزام المدعى عليه بينة يقيمها على نفسه لخصمه ، فأنكر هذا وقال إن البينة لو أتى بها المدعي لقال المدعى عليه شهدت علي بالزور فلا يلزمه أن يسعى فيما يعتقد بطلانه ، بخلاف الذي يكتب خطه . ابن عرفة الأظهر ما قاله عبد الحميد أفاده ابن غازي. ابن فرحون اختار غير واحد ما قاله اللخمي حلولو هو الحق إن كان يحكم بصحة ذلك بعد الكتابة كما يقتضيه كلامهم .

السادس : ابن عرفة لا تقبل الشهادة على الخط إلا من الفطن العارف بالخطوط وممارستها ولا يشترط فيه أن يكون أدرك ذا الخط وحضرت يوماً بعض من قدمه القاضي ابن قداح للشهادة بتونس ، وهو أبو العباس بن قليلد ، وقد ناول القاضي ابن عبد السلام وثيقة ليرفع على خط شاهد فيها مات فقال له القاضي ابن عبد السلام إنك لم تدرك هذا الشاهد الذي أردت أن تشهد على خطه، ورد عليه الوثيقة ومنعه من الرفع على الخط فيها وأنا جالس عنده، فلما انصرف ابن قليلد قال لي إنما لم أقبل شهادته على الخط فيها ، لأنه ليس من أهل المعرفة بالخطوط ، وليس عدم إدراك الرافع على الخط كاتبه بمانع من الشهادة على خطه إذا كان الشاهد عارفاً بالخطوط ، فإنا نعرف كثيراً من خطوط من لم ندركه كخط الشلوفين وابن عصفور وابن السيد ونحوهم لتكرر خطوطهم علينا مع تلقينا من غير واحد من الشيوخ أنها خطوطهم .

(ولا) يشهد الشاهد على (من) أي الشخص الذي (لا يعرف) الشاهد نسبه (إلا على عينه) ظاهره المنع من الشهادة على اسمه لاحتمال تسميه بغير اسمه (و) إن شهد عند القاضي على امرأة مجهولة النسب ، وقد سمت نفسها وانتسبت لأب سمته ، والشهود لا يعرفون إسمها ولا اسم أبيها فـ(ليسجل) بضم التحتية وفتح السين المهملة وكسر الجيم

مَنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا ٱبْنَةُ فُلَانٍ ، وَلَا عَلَى مُنْتَقِبَةٍ لِتَتَعَيَّنَ لِلْأَدَاءِ ، وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدَتْنَا مُنْتَقِبَةً ، وَكَذَلِكَ نَعْرِفُهَا : قُلِّدُوا ، وَعَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا ، إِنْ قِيلَ لَهُمْ عَيِّنُوهَا .

مشددة أي يأمر القاضي من يكتب في كتابه المحفوظ عنده الذي يكتب الوقائع فيه شهد فلان وفلان بكذا علي (من) أي المرأة التي (زعمت) أي أخبرت (أن) اسم(ها) فلانة (ابنة فلان) من غير قطع باسمها واسم أبيها لاحتمال كذبها فيهما ، المصنف وينبغي أن يكون الرجل المجهول نسبه واسمه كذلك لذلك .

(و) لا تجوز الشهادة (على) امرأة مجهولة للشهود (منتقبة) حتى ترفع النقاب عن وجهها ويشهدوا على عينها (لتتعين) المرأة المشهود عليها (للأداء) أي تأدية الشهادة التي تحملوها عليها إذا طلبوا بها عند الحاكم (وإن قالوا) أي الشهود وقت الأداء(أشهدتنا) هذه المرأة على نفسها بكذا حال كونها (منتقبة وكذلك) أي حال كونها منتقبة (نعرفها) ولا تشتبه علينا بغيرها فنؤدي الشهادة عليها منتقبة (قلدوا) بضم فكسر مثقلا ، أي صدقوا واتبعوا في ذلك ، ابن عرفة إن قالت البينة أشهدتنا وهي منتقبة ، وكذلك نعرفها ولا نعرفها بغير نقاب فهم أعلم بما تقلدوا إن كانوا عدولاً وعينوها كما ذكرت وقطع بشهادتهم ، سأل ابن حبيب سحنون عن امرأة أنكرت دعوى رجل عليها فأقام عليها بينة قالوا أشهدتنا على نفسها وهي منتقبة بكذا وكذا ، ولا نعرفها إلا منتقبة وإن كشفت وجهها فلا نعرفها فقال هم أعلم بما تقلدوا ، فإن كانوا عدولاً وقالوا عرفناها قطع بشهادتهم .

(و) إن شهدوا على امرأة بحق وأنكرت وقالوا شهدنا عليها على معرفة منا بعينها ونسبها وسأل الخصم إدخالها في نساء وإخراجها الشهود من بينهن فـ(عليهم) أي الشهود (إخراجها) وتعيينها منهن (إن قيل لهم عينوها) وقال أصبغ ليس عليهم تعيينها .

ابن عرفة سئل ابن القاسم من اعترف دابة أو رأساً هل تجمع دواب أو رقيق ويدخل فيها المعترف ويكلف الشهود بإخراجه ، قال ليس ذلك على أحد في شيء وذلك خطأ ،

ولكن إن كانوا عدولا قبلت شهادتهم . أصبغ وكذا النساء إن شهد عليهن ، وعن سحنون لو شهدوا على نكاح امرأة وإقرارها وإبرائها وسأل الخصم إدخالها في نساء ليخرجوها وقالوا شهدنا عليها عن معرفتنا بعينها ونسبها ولا ندري هل نعرفها اليوم وقد تغير حالها وقالوا لا نتكلف ذلك فلا بد أن يخرجوا عينها ، وإن قالوا نخاف أن تكون تغيرت قيل لهم إن شككتم وقد أيقنتم أنها بنت فلان وليس له إلا بنت واحدة من حين شهدتم عليها إلى اليوم جازت الشهادة. شب فإن لم يخرجوها ضمنوا خلافاً لبعض شيوخ الزرقاني، ونصه انظر إذا لم يعينوها ، فهل يغرمون إذا تلف مال بسبب ذلك أم لا، واستظهر بعض شيوخنا عدم تغريمهم لانهم كفسقة تحملوا شهادة بحق عالمين أن شهادتهم لا تقبل ، ثم أدوها فردت وعليه اقتصر عج .

ابن عرفة سمع ابن القاسم من عنده امرأة لا يعرفها غيره كبنت أخيه أراد أن يزوجها كيف يشهد عليها ، قال يدخل عليها من لا تحتشم منه فيشهد على رؤيتها ، قال عيسى قال لي ابن القاسم قال مالك «رض» وإن لم يعرفها الشهيدان. ابن رشد إن لم يوجد من يعرفها فلا بد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه فلتسفر لهم عن وجهها ليثبتوا عليها ليشهدوا على عينها إن أنكرت أنها التي أشهدتهم ، فإن وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغي لمن لا يعرفها أن يشهد عليها ، فإن شهد عليها مع وجود من يعرفها أو دونه فلا ينبغي لهم أن يشهدوا عليها بالرضا بالنكاح لاحتمال انها لم تكن هي التي أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فتلزم نكاحاً لم ترضه ، لأن شهادتهم عليها بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم والحقوق بخلاف ذلك . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يشهد الرجل على من لا يعرف ، ومثله لأصبغ .

قال وأما الحقوق من البيوع والوكالات والهبات ونحو ذلك فيشهد عليها في شيء من ذلك من لا يعرفها بعينها واسمها ونسبها . والفرق بين النكاح وغيره من الحقوق أنه يخشى أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم نكاحاً باطلا لم تشهد به على نفسها ، وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على الخط إلا في الإحباس وما جرى

وَجازَ ٱلْأَداءُ إنْ حَصَلَ ٱلعِلْمُ، وإنْ بِامْرأَةٍ لَا بِشَاهِدَيْنِ إلاَّ نَقْلاً.

مجراها يستوي النكاح وغيره من الحقوق ، ولا يحرج الرجل بوضع شهادته على من لا يعرف في الحقوق كما يضعها عليه في النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد استجاز ذلك العلماء قديماً ، وأما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد أن يشهد باجماع إلا على من ثبتت عينه وعرف أنه هو الذي أشهده دون شك ولا ارتياب . ابن أيوب إذا كتب ذكر الحق على من لا يعرفه الشهود فالأحسن أن يكتب نعته وصفته ويشهد الشهود على صفته حيي أو مات حضر أو غاب ، وقال بعضهم يكتب اسمه وقريته ومسكنة والأول أحسن لأنه قد يتسمى الرجل بغير اسمه وغير مسكنه وموضعه .

(وجاز) لمن تحمل شهادة على من لم يعرفه (الأداء) للشاهدة عليه (إن حصل) للشاهد (العلم) بالمشهود عليه بعد تحمل الشهادة عليه اليقيني الذي لا شك معه بتعريف عدلين أو عدل وامرأتين أو لفيف من الناس ، بل (وإن) حصل له العلم (ب)تعريف (امرأة) واحدة ، ذكر ابن ناجي وغيره عن الغبريني قبول تعريف الصغير والأمة يسألهما عن غفلة ويترك تعريف المقصود (لا ب)شهادة (شاهدين) عدلين أنها فلانة لم يحصل له العلم بانها فلانة بشهادتهما ، فلا يؤدي الشهادة عليها (إلا نقلاً) عنهما بان يقولا له إشهد على شهادتنا أنها فلانة . طفي قوله إن حصل العلم أنت بغير ريبة ، كذا في كثير من النسخ وفي بعضها بغير بينة ، أي على غير وجه الشهادة ، بل على وجه الخبر من اثنين ذوي عدل أو واحد أو واحدة، واحترز عما إذا كان بالبينة أي على وجه الشهادة وإليه أشار بقوله لا بشاهدين ، أي أتى بهما المشهود له يشهدان بتعريفها ، ولذا عبر بالشاهدين وإلا لقال لا رجلين ، وهذا معنى قول ابن رشد الذي أقوله إن كان المشهود له أتاه بالشاهدين ليشهدا له عليها بشهادتهما بأنها فلانة فلا يشهد إلا على شهادتهما ، وإن كان هو سأل الشاهدين فأخبراه أنها فلانة فليشهد عليها ، وكذا لو سأل عن ذلك رجلا واحداً يثق به أو امرأة جاز له أن يشهد ، ولو أتاه المشهود له بجماعة من لفيف الناس فيشهدون عنده إنها فلانة جاز له أن يشهد إذا وقع له العلم بشهادتهن اه .

فعلم من كلام ابن رشد الفرق بين أن يسأل هو عن ذلك ، وبين أن يشهدوا أنه

لا يقبل ما كان على وجه الشهادة ، ويكتفى به في التعريف إلا على وجه النقـــل إلا أن يحصـــل العلم بـه كاللفيف من الناس ، وعـلى كلام ابن رشد اقتصر ابن شاس وابن عرفة فيحمل كلام المصنف عليه ، فمعنى قوله وجاز الأداء إن حصل العلم أي وكان على وجه الخبر ، والمراد بالعلم الثقة بخبر المخبر ، وقوله لا بشاهدين أي إذا كان على وجـــه الشهادة إلا أن يحصل بهم العلم بان بلغوا حـد التواتر ، هذا هو المتحصل من كلام ابن رشد وإن كان المتبادر من عبارة المصنف غيره ، ونحو عبارته لابن الحاجب ، وقـد أشار ابن عبد السلام بقوله لأن خبر الواحد قد تحتف به قرينة فيفيد العلم إلى أن هذا من باب الخبر ، ولذ قبل الواحد .

ولا شك أن التفصيل الذي سلكه المصنف وابن الحاجب هو لابن رشد إلا أنهما أجملا والخلاف بين ابن القاسم وغيره غير مفصل ، فلابن القاسم في المجموعة من دعي ليشهد على امرأة لا يعرفها ويشهد عنده رجلان أنها فلانة فلا يشهد إلا على شهادتهما . وقال ابن نافع يشهد ، وروى ابن القاسم وابن نافع في المبسوطـــة فيمن دعي للشهادة على امرأة وهو لا يعرفها إن شهد عنده عدلان أنها فلانة فيشهد عليها . ابن القاسم هذا باطل ، ولا يشهد إلا وهو يعرفها بتعريفهما وقال ابن الماجشون الذي قاله ابن القاسم هو الباطل ، وكيف يعرف النساء إلا بمثل هذا ا هـ .

ويمكن حمل الخلاف بين ابن القاسم وغيره على ما كان على وجه الشهادة كما يؤخذ من تعبير الرواية بالشهادة ، فيكون اختيار ابن رشد وفاقاً لابن القاسم ، وقـــد جعله في الشامل مخالفاً للقولين ، فقال ولو عرفها شاهدان فـلا يشهد إلا على شهادتهما إن تعذر ، أو قيـــل يشهد والمختار إن سألهما الشاهد عنها فأخـــبراه فليشهد لا إن أحضرهما المشهود له ليخبراه ا هـ.

البناني ولا معارضة بين ما هنا وقوله قبل ولا على من لا يعرف إلا على عينـــه ، لأن ما تقدم محله ، إذ لم تحصل معرفة ولا تعريف ، وهـــذا معنى من لا يعرف ، وقرر ابن رحال كلام المصنف على ظاهره فقال معناه وجاز الاداء إن حصل العلم بالتعريف وإن

بتعريف امرأة ، ولا يجوز الأداء بحصول العلم بسبب تعريف شاهدين عدلين ، وإذا لم يعتمد عليهما مع حصول العلم فأحرى مع عدمه . قال وأما تقرير الشارح وتت وعج وابن مرزوق وغير واحد من شروحه قوله لا بشاهدين بعدم حصول العلم بهما فغير صحيح لأنه خلاف كلام الناس من أن الشاهدين لايعتمد عليهما في التعريف مطلقاً،حصل علم بهما أم لا ، وهذا على مذهب ابن القاسم بخصوصه لمرور المصنف عليه ،وأما على قول ابن الماجشون وما رواه ابن نافع عن مالك فيصح كلام الشارح ومن تبعه إلا أنه قليل الجدوى ، إذ لو أراد المصنف ذلك لقال بدل لا بشاهدين لا إن لم يحصل علم .

فإن قلت ما وجه قول ابن القاسم بالمنع مع حصول العلم بالشاهدين ، قلت لأن توقف الشاهدين عن الشهادة على من عرفا صحة شهادتهما وحضورهما فيه تهمة وريبة ، وقد صرح ابن مرزوق وغيره بأن المشهور هو قول ابن القاسم وأبو الحسن وصاحب الفائق وغير واحد بأن تفصيل ابن رشد قول ثالث ا هـ. البناني هذا مبني على فهم قول ابن القاسم لا يعتمد على الشاهدين مطلقاً ، ولو حصل العلم بهما وهو بعيد ، وإن كان هو مقتضى من جعل ما لابن رشد ثالثاً ، والظاهر قول طفي يمكن حمل الخلاف بين ابن القاسم وغيره على ما كان على وجه الشهادة ، فيكون اختيار ابن رشد وفاقاً لابن القاسم ا هـ .

وبالجملة فالظاهر ما قاله ابن رشد وأن يحمل كلام ابن القاسم عليه ، وكذا كلام المصنف والله الموفق . أقول وتوجيه ابن رحال قول ابن القاسم متناقض ، فإن تهمة [1] الشاهدين والريبة في شهادتهما بتوقفهما عنها تمنع من حصول العلم بشهادتهما ، وحاشا الإمام ابن القاسم أن يقول إن حصل العلم بتعريف امرأة واحدة فإن الشاهد يعتمد عليه في شهادته ، وإن

(١) (قوله تهمة) خبر إن ، أقول هذا الجواب يدل على أن ابن رحال لم يتصور المسألة على وجهها وهو أن الشاهدين بانها فلانة لم يتحملا الشهادة عليها بذلك ، وإنما الذي تحمل الشهادة عليها به من عرفها ثم نسيها أو من لم يعرف نسبها ولا عينها ، ولو تحمل الشهادة عليها بذلك الشاهدان العارفان أنها فلانة بنت فلان لشهدا عليها بذلك ولم يحتاجا لتعريفها من نسيها أو لم يعرفها .

حصل العلم بشهادة رجلين عدلين فلا يعتمد عليه فيها ، والله أعلم .

(وجازت) الشهادة (بسماع فشا) بفتح الفاء والشين المعجمة أي شاع واشتهر وكثر (عن ثقاة) بكسر المثلثة ، أي من يوثق بكلامهم ويعتمد عليه (وغيرهم) ابن عرفة شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين ، فتخرج شهادة البت والنقل بأن يقول الشاهد لم أزل أسمع من الثقاة وغيرهم سماه فاشياً كذا ، فإن لم يجمع بينهما لم تصح . طفي الجمع بين الأمرين هو الذي عليه معظم الشيوخ ، وقد صرح به عياض . وقال الباجي شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من العدول وغيرهم ، وإلا لم تصح . وقال ابن سهل سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم ، ونحوه في وثائق ابن سلمون . وقال ابن فتوح شهادة السماع لا تكمل إلا أن يضمن فيها أهل العدل وغيرهم ، على هذا مضى عمل الناس ، وليس يأتي آخر هذه الأمة بأهدى مما عليه أولها ، ونقله ابن عرفة وأقره ، ثم قال فلو اقتصر على كون السماع من أهل العدل دون تسميتهم ففي صحتها نقل الشيخ عن محمد عن أصبغ مع ظاهر نقل ابن فتوح عن المذهب ، ونقله عن بعضهم أنها ليست شهادة سماع ، وإنما هو نقل فيفتقر لتسمية الشهود ، يعني أن السماع من العدول دون تسميتهم مقبول ، لكن اختلف هل هو شهادة سماع أو نقل فيشترط فيه شروطه .

ثم قال ابن عرفة ولو اقتصر على كونه من عموم الناس دون ذكر العدول ففي صحتها بما لا يخرج به من يد نقلا اللخمي قائلاً ، وهي فيما يخرج به من يد لغو اتفاقاً . وأفتى ابن رشد بصحة شهادة السماع من لفيف الرجال والنساء وإن لم تبد عدالتهم ، وفي اشتراط العدالة في المسموع منهم ثالثها إلا في الرضاع اهـ ، فعلم أن عدم اشتراط العدالة لا مستند له إلا ما يؤخذ من ظاهر المدونة وغيرها ، وقيدها أبو الحسن بقول محمد اهـ .

وتجوز الشهادة بالسماع الفاشي (بملك) بكسر فسكون . تت مطلق ، لأن الملك لا يكاد يقطع به ، وحاول بعضهم تصويره بمن صاد من فيا في الأرض بحضرة بينة فتشهد

له أنـــه ملكه على القطع ، واعترض باحتمال ندوده من مالك ولحق بالوحش من زمن لم يتوحش فيه فهو باق على ملك الأول ، وصوره آخر بمـــا ملك من غنيمة ونظر فيه باحتمال كونه مال مسلم أودعه لكافر . ابن عرفة صوره بعضهم بملك مشتر لقطة بشهادة الشهود على التقاطها وتعريفها وبيعها باذن الإمام ، وهذا عجيب ، فإن صور القطع بالملك كثيرة منها الركاز والمعدن الذي أقطعه الإمام وملفوظ البحر الذي لم يتقدم عليه ملـك وماؤه المنقول منه وحجر الجبل ، وما نقل من شجر الغابة والموات المحياة .

وتشهد بالسماع بملك (ا) شخص (حـائز) بحاء مهملة وهمز وزاي للشيء المشهود له بملكه (متصرف) بضم الميم وفتح التاء والصاد المهملة وكسر الراء مثقلة فيـــه تصرف المالك من غير منازع له فيه زمناً (طويلا) طفي لم أر من اشترط في شهادة السماع التصرف سوى المصنف في مختصره هذا وتوضيحه ، فإنه قال في قول ابن الحاجب وتجـوز شهادة السماع الفاشي عن الثقاة وغيرهم في الملك ما نصه أي المطلق . قال في الجواهر إنما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرف فيه تصرف الملاك بالهدم ونحوه ، ولا ينازعـــه أحد ، ولا يكتفي بشهادتهم أنه كان يحوزها حتى يقولوا إنه يحوزها لحقه وإنها ملك له ، وأما من اشترى من سوق المسلمين فلا يجوز أن يشهد له بملكه لأنه قد يشتري من غـــير مالك ا ه ، وهذا وهم منه رحمه الله تعالى ، لأن كلام الجواهر هذا في الشهادة بالملك على القطع ، وهو كقول المصنف فيما يأتي ، وصحة الملك بالتصرف إلى آخر ما سيأتي وهـذا ظاهر من كلامه .

وأما شهادة السماع بالملك فقد قال فيه في غائب قدم وادعى داراً في يد حائز فيقيم الذي هي في يده بينة على السماع في تطاول الزمان على أنه اشتراها من أبي هذا القـــائم أوجده أو ممن صارت اليه عنهم فيثبت له نفاذها بهذه الشهادة ا ه ، فاشترط الحوز فقط كما ترى وكذا قال غير واحد . وفي المدونة ومن أقامت بيده دار خمسين سنة أو ستين سنة ثم قدم رجل كان غائباً فادعاها وأثبت الأصل له أو أقام بينة أنها لأبيه أو جـده وثبتت

المواريث حتى صارت له فقال الذي في يده الدار أو أحد من آبائه ابتاعها من القادم أو من أحد آبائه أو ممن ورثه القادم عنه أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا فذلك يقطع حق القادم منها وهي قول للمصنف إلا بسماع أنه اشتراها الخ .

وفي ابن يونس ابن المواز تجوز شهادة السماع لمدعى داراً بيد غيره وقد حازها عليه إنما تجوز لمن الدار بيده إذا أثبت الذي يدعيها البينة أنها لأبيه أو جده أو ممن هو وارثه ، وتكون قد قامت بيد حائزها ستين ينقطع فيها العلم فلا يجد من يشهد له إلا على السماع إنا لم نزل نسمع من العدول أن الذي في يده الدار أو أحد من آبائه ابتاعها من القــادم أو من أحد ورثها القادم عنه فلذلك يقطع حق القادم اهـ ، والمالكيـــة مطبقون على التعبير بأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز ، وإنما تجوز للحـــائز ولم يقولوا للمتصرف ، وهذا ظاهر لمن تأمل وأنصف وعرف الحق بنفسه لا بالرجال ولم يجعل ربقة التقليد في عنقــه لكل غث وسمين ، والعجب من « ح » والشارح و « ق » وغيرهم كيف تواطؤوا على نقل كلام الجواهر هنا تقليداً للتوضيح ولم يتنبهوا لما قلناه مع وضوحـــه ، وتبعهم عج حتى فسر الطول في قوله وحوز طال بعشرة أشهر ، ولا شك أن ما فسر به مراد صاحب الجواهر ، لكن في الشهادة بالملك على البت كما يأتي للمصنف من قوله وحوز طال كعشرة أشهر ، وأما هنا فكيف يأتي اشتراط الحوز عشرة أشهر مع شرط طـــول الزمان كالخمسين والستين سنة ما هذا إلا تهافت ، وتقدم عن ابن المواز والمدونة أن الحيازة هنا خمسون سنة أو ستون سنة ونحوها مما ينقطع به العلم وربك أعلم بمن هو أهدى سبيلا والله الموفق ، والعذر للمصنف رحمه الله تعالى أن صاحب الجواهـــر تكلم على الشهادة بالملك على البت أثناء شهادة السماع ، فتوهم المصنف أنه من جملة شهادة السماع ، فوقـع فيما وقع والكمال لله تعالى .

البناني ووقع لابن مرزوق أيضاً أنه قرر كـلام المصنف على ظاهره واحتج له بقول المازري ما نصه مما تقبل فيه شهادة السمــاع الشهادة بالملك المطلق ، فإن الملك لا يكاد

وقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المِلْكِ ، إلاَّ بِسَمَاعٍ ، أنَّهُ اشْتَرَاها مِنْ كَأَبِي القَائِمِ

يقطع به ، ويعتمد الشاهد في الشهادة بذلك على وضع اليد عليه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ونسبتها مع ذلك لنفسه وعدم المنازع وطول الحيازة ونحوه في النوادر ، وهو وهم أيضاً من ابن مرزوق في فهم كلام المازري ، فإن قوله ويعتمد الخ إنما هو في شهادة القطع بالملك لا السماع .

(و) إن حاز شخص عقاراً نحو ستين سنة مدعياً أنه اشتراه هو أو أحد مورثيه وقدم شخص آخر من غيبته وادعى أنه ملكه وأقام الحائز بينة سماع بأنه اشتراه والقادم بينة بت أنه ملكه (قدمت) بضم فكسر مثقلاً (بينة الملك) الشاهدة به بتا على بينة السماع بالشراء (إلا) بينة شاهدة (بسماع) من الثقاة وغيرهم (أنه) أي الحائز (اشتراها) أي الحائز الدار (من كأبي) وجد (القائم) أي المدعي على الحائز أنها ملكه لأنها ناقلة وبينة القطع مستصحبة .

طفي قوله وقدمت بينة الملك الخ تت على بينة الحوز متعلق بقوله قدمت ، وعبارة كبيرة إذا عارضتها بينة الحوز ، وليس المراد بقوله بينة الحوز أنها شهدت بالحوز ، بل بينة الحائز فهو من إطلاق المصدر على اسم الفاعل او على حذف مضاف ، أي ذي الحوز شهدت للحائز شهادة سماع أنه اشتراها ولم تبين ممن بدليل الاستثناء . قال في كبيره وقدمت بينة الملك إذا عارضتها بينة الحوز في دار شخص قدم من غيبة بعيدة وأثبت أنها له او لأبيه او جده ، وأثبت الميراث حتى صارت له ، وقال من هي في حوزه طويلاً انه اشتراها ، وله بينة تشهد على السماع أنها لواحد من آبائه ولا يدرون ممن فلا ينفعه ذلك ا هـ ، وهو تقرير حسن أمس بكلام المصنف ، وبقوله في توضيحه وإن أتى الذي بيده دار بينة تشهد أنهم لم يزالوا يسمعون من العدول وغيرهم ان هذا الذي بيده الدار او أحد آبائه ابتاعها ولا يدري ممن ابتاعها فلا ينفعه ذلك ، وهكذا قرره الشارح و «ق» . وأما تقرير ح له بما إذا شهدت بالملك بينة بالسماع وشهدت بينة أخرى بالملك بالقطع لشخص آخر فبينة الملك التي قطعت مقدمة على بينة السماع فبعيد من كلام المصنف .

البناني إن قلت الحوز عشر سنين كاف وحده في رد دعوى القائم وبينته وإن كانت بالقطع فلا يحتاج لبينة سماع ولا غيرها . قلت هذا إذا كان القائم حاضراً بلا عذر ، فإن كان غائباً أو له عذر فتسمع دعواه ويحتاج الحائز لدفعها ولو بينة سماع ، وفرض هـذه أن القائم كان غائباً أو حاضراً له مانع .

(و) تجوز شهادة السماع بـ (وقف) على حائزه أو لا يد عليه لأحد فتشهد بينة السماع بأنه حبس على حائزه أو على بني فلان أو لله ما بقيت الدنيـــا . أبو اسحق هذا الذي تصح فيه شهادة السماع . الحط ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكــه بخلاف شهادتهما على الحبس بالقطع فإنه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس قاله في التوضيح . ابن سهل كيفية الشهادة بالسماع في الإحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا ، وأنه لم يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاماً متقدمـــة التاريخ شهادته هذه سماعاً فاشياً مستفيضاً من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار أو هذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا أو على فلان وعقبه أو حبس لا غير ، وأنها محترمة بحرمة الاحباس وتحوزتها بالوقف اليها والتبيين لها ، بهذا جـــرى العمل في أداء هذه الشهادة ، فإذا أديت هكذا بشاهدين فصاعداً حكم بها بعد حيـازة الشهود بتحبيسه والأعذار إلى من يعارض فيه ويدعيه في سمــاع عيسى ابن القاسم ، إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس جـــازت شهادتهما وكانت حبساً على المساكين إذا لم يسم أحداً .

الحط استفيد من هذا أن مصارف الحبس وشرط الواقف تثبت بشهادة السمـــاع ، ونص على هذا في كتاب الشهادات من المدونة قال سئل مالك رضي الله تعـالى عنه عن قوم شهدوا بالسماع في حبس على قوم أنهم يعرفون أن من مات منهم لا تدخل زوجتـــه في نصيبه ، وتهلك بنت الميت فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها فقال أراه حبساً ثابتاً ، وإن لم يشهدوا على أصل الحبس ولم يذكروا ذلك كله وذكروا في السماع ما يستدل بـــه فذلك جائز اهـ .

وَمَوْتٍ بِبُعْدٍ إِنْ طَالَ ٱلزَّمَانُ ، بِلاَ رِيبَةٍ .

(و) تجوز بـ (موت ببعد) بضم الموحدة ، أي بلد بعيد (إن طال الزمان) على السماع سواء كان بموت أو غيره . ابن القاسم أربعون سنة أو خمسون سنة . ابن زرقون هو ظاهر المدونة وعنه أيضاً عشرون سنة . ابن رشد وبه العمل بقرطبة ، وهل خمس عشرة طول أولا ، قولان ، والصحيح في خمس عشرة الفرق بين الوباء وغيره (بلا ريبة) فإن كان فيه ريبة بأن شهد بالسماع اثنان وفي القبيلة مائة من ذوي أسنانهما لم يسمعوا ذلك ، أو شهدا بموت شخص ببلد وفيه جم غفير لم يسمعوا ذلك فلا يقبلان . « غ » قوله إن طال الزمان بلا ريبة تبع فيه قول ابن الحاجب ، وتجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات في الملك والوقف والموت للضرورة بشرط طول الزمان وانتفاء الريب .

ابن عرفة حمله ابن عبد السلام على إطلاقه ، وليس على إطلاقه ، إنما هو في الملك والوقف والصدقة والأشرية القديمة والنكاح والولاء والنسب والحيازة جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان . وأما الموت فمقتضى الروايات والأقوال أن شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت في القطع بالمشهود به يشترط كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع والبت عادة ، فإن أمكن عادة البت به فلا يجوز فيه شهادة السماع ، وهو مقتضى قول الباجي . أما الموت فيشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد ، وأما ما قرب أو كان ببلد الموت فإنما هي شهادة بالبت وقد شهدت شيخنا القاضي ابن عبد السلام وقد طلب منه بتونس بعض أهلها إثبات وفاة صهر له مات ببرقة قافلا من الحج ، فأذن له فأتاه بوثيقة بشهادة شهود على سماع بوفاته على ما يجب كتبه في شهادة السماع ، وكان ذلك بعد مدة يتصور فيها بت العلم بوفاته لنحو ثمانية أعوام في ظني ، فرد ذلك ولم يقبله ، ولما حكى قول الباجي فيشهد على الموت بالسماع فيما بعد من البلاد لا ما قرب قيده بأن قال بشرط أن لا يطول زمن تقدم الموت كالعشرين عاماً ، فإن هذا لا يقبل فيه إلا البت قاله بعض من لقيت وهو صواب ، لأنه مظنة البت كمن يموت ببلد قريب .

البناني نحوه لابن الحاجب فحمله ابن عبد السلام على ظاهر إطلاقه ، وتبعه في ضيح ،

وَحلَفَ ، وَشَهِدَ اْثنانِ : كَعَزْلٍ ، وَجَرْحٍ ، وكُفْرٍ ، وَسَفَهٍ ، وِنكَاحٍ ، وِضدّها ،

واعترضه ابن هرون بأن طول الزمن ليس في جميع الأفراد ، بل في الأملاك والأشربة والأحباس والأنكحة والصدقة والولاء والنسب والحيازة . وأما الموت فيشترط تنائي البلدان أو طول الزمان ، واعتمد ابن عرفة كلام ابن هرون في حصره ، وتبعه « غ » ، واختار ابن عرفة في الموت بعد البلد وقرب الزمن قائلا إذا بعد الزمن أمكن بت الشهادة يفشوا الإخبار فلا تجوز شهادة السماع كقرب البلد واتحاده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وحلف) المشهود له بالسماع لاحتمال كون الأصل المسموع عنه واحداً ، وهو لا يثبت الحق إلا مع يمين (وشهد) بالسماع (اثنان) هذا هو المشهور ، وقال عبد الملك لا بد من أربعة . وشبه في الثبوت بشهادة السماع فقال (كعزل) لقاض أو أمير أو وكيل (وجرح) بفتح الجيم ، أي تجريح شاهد بأن يقولا لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلاناً مجرح أو يشرب أو يزني ولا يعد هذا قذفاً (وكفر) أصلي أو بارتداد (وسفه) أي عدم حفظ المال وحسن التصرف فيه (ونكاح) في التوضيح أبو عمران يشترط في شهادة السماع على النكاح اتفاق الزوجين عليه ولم يتعقبه ، فظاهره أنه المذهب . وفي شرح التحفة لميارة شرط السماع في النكاح كون المرأة تحت حجاب الزوج فيحتاج إلى إثبات زوجيتها ، أو يموت أحدهما فيطلب الحي ميراثه منه ، فلو لم تكن في عصمة أحد فأثبت رجل بالسماع أنها زوجته فلا يستوجب البناء بها بذلك ، لأن السماع إنما ينفع مع الحيازة ولاحتمال كون أصله من واحد وهو لا يثبت به قاله ابن الحاج اهـ ، لكن قال ابن رحال في حاشيته ظاهر النقل خلاف ما قاله أبو عمران وابن الحاج اهـ ، وهو في عهدته فانظره ، وعبارة الشامل ونكاح اتفق عليه الزوجان وإلا فلا على المشهور والله أعلم .

(وضدها) أي المذكورات من تولية وتعديل وإسلام ورشد وطلاق . تت بعض المتأخرين لم أقف على الطلاق في كلام أئمتنا إلا في النظم الآتي إن كان الطلاق الداخل في

وإنْ بِخُلْعٍ وضَرَرِ زَوْجٍ وهِبَةٍ وَوَصِيَّةٍ وَوِلَادَةٍ وحِرَابَةٍ
وإبَاقٍ وعُدْمٍ وأَسْرٍ وعِتْقٍ ولَوْثٍ ،

ضدها بغير خلع ، بل (وإن) كان (بخلع) أي عوض (و) ك (ضرر زوج) أراد به ما يشمل الزوجة بأن يشهدوا بالسماع الفاشي أن فلاناً ضر زوجته أو أن فلانة ضرت زوجها (و) ك (هبة) وصدقة (و) ك (وصية) « غ » فسره في التوضيح بالإيصاء على أيتام كما ذكر في الكافي . البناني والذي في « غ » ما نصه أما الوصية بالمال فلم أر من صرح بها ، وإنما ذكر ابن العربي والقرافي والغرناطي لفظة الوصية ، والظاهر أنهم قصدوا ما في الكافي من الإيصاء بالنظر ، وبهذا فسر صاحب التوضيح في لفظ ابن العربي اهـ . قلت قد عدوا الهبة مما يعمل فيه بالسماع فلم يظهر فرق بينها وبين الوصية بالمال والله أعلم .

(و) ك (ولادة و) ك (حرابة) أي قطع طريق (و (ك (إباق) تت بعضهم لم أر الإباق إلا في النظم (وعدم) بضم فسكون أو بفتحتين ، أي فقر (وأسر) لمسلم من الحربيين (وعتق ولوث) بفتح فسكون فمثلثة ، أي قرينة تهمة بقتل ، وفي بعض النسخ وارث بدل لوث . البناني اجتهد الناس في عد مواطن شهادة السماع فعدها أبو عبد الله العزفي السبتي إحدى وعشرين ، ونظمها وزاد عليه ولده ستة ، ونظمها وزاد ابن عبد السلام خمسة فهذه ثنتان وثلاثون ، ونظمها العبدوسي في قصيدة وجيزة وذكرها كلها . « غ » وزاد مسائل أخر ونظمها فانظره فقد أطال هنا ، ورأيت أن أثبت هنا نظم أبي عبد الله بن مرزوق ، فقد نظم أربعين موطناً في سبعة أبيات فقال :

فعدل واسلام ورشد ولاية	وأضدادها ثم المقر وواهب
رضاع وقسم نسبة ذو وصية	ولاء وأسر ثم موت ونائب
نكاح وضد ثم خلع عتاقة	إباق وتفليس كذاك المحارب
وبيع ووقف طال عهدها وفي	جراح وحمل والمصدق راغب
واضرار زوج ثم لوث قسامة	ولادتها ثم التصرف غالب
وإنفاق من أوصى ومن هو غائب	وتنفيذ إيصاء وعشرون عاقب

وَالتَّحَمُّلُ إِنِ افْتُقِرَ إِلَيْهِ فَرْضُ كِفَايَةٍ ،

وارث وايسار فذي أربعون خذ فما رتبة إلا علتها مراتب

وتعقب عليه « غ » في التكميل ذكره الجراح قائلاً ما وقفت في الجراح على شيء لغيره ، وأما عده الإقرار منها فتبع فيه القرافي في فروقه ، وأشار بقوله ثم التصرف غالب وإنفاق من أوصى ومن هو غائب إلى قول الكافي ، وجائز أن يشهد أنه لم يزل يسمع أن فلاناً في ولاية فلان ، وأنه كان يتولى النظر له والإنفاق عليه بإيصاء أبيه إليه أو تقديم قاض عليه وإن لم يشهده أبوه بالإيصاء ولا القاضي بالتقديم ، ولكنه علم ذلك كله باستفاضة السماع من أهل العدل وغيرهم ، ويصح بذلك سفه إذا شهد معه غيره بمثل شهادته ، وفيها بين أصحابنا اختلاف اهـ ، فأطلق ابن مرزوق المسبب الذي هو التصرف والإنفاق وأراد السبب الذي هو الإيصاء والتقديم .

وأشار بقوله وتنفيذ إيصاء إلى ما في المفيد من أن ابن زرب أفتى في وصي قامت له بينة بعد ثلاثين سنة على تنفيذ وصية أسندت إليه بالسماع من أهل العدل والثقة أنها جائزة . قال في التكميل وأما قوله وعشرون عاقب ، أي متأخر عن تنفيذ الإيصاء فلعله فهم أن الثلاثين في فتوى ابن زرب وقعت في وصي قامت له بينة السؤال ، فاعتمد على صريح قول ابن القاسم في إعمال السماع في العشرين ، والله أعلم .

(والتحمل) بفتح التاء والحاء المهملة وضم الميم مثقلة ، أي علم المشهود به (إن افتقر) بضم التاء وكسر القاف ، أي احتيج (إليه فرض كفاية) عند تعدد من يقوم به لأجل حفظ الحق من مال أو غيره إذ لو ترك لضاعت حقوق الناس ، ويسقط بقيام بعض الناس به ويتعين بما يتعين به فرض الكفاية من الشروع فيه ، وبأن لم يوجد من يقوم به غيرهما . ومفهوم الشرط عدم فرضيته إن لم يفتقر إليه .

عب ويجوز للشاهد الانتفاع على التحمل الذي هو فرض كفاية دون الأداء كما يأتي ، وظاهره ولو كان فاسقاً ، إذ قد يحسن حاله حال الأداء وهو المعتبر . البناني مفهوم الذي هو فرض كفاية أنه إن تعين فلا يجوز له أن ينتفع عليه ، وليس كذلك . ابن عرفة

وتَعَيَّنَ ٱلْأَدَاءُ مِنْ ، كَبَرِيدَيْنِ ، وعَلَى ثَالِثٍ ، إنْ لَمْ يُجْتَزْ بِهِمَا ، وإنِ ٱنْتَفَعَ : فَجُرْحٌ ،

وفي جواز أخذ العوض على التحمل خلاف ، واستمر عمل الناس على أخذ العوض عليه بالكتب بإفريقية وغيرها ممن انتصب لها . ابن المناصف فمن أخذ واستغنى ترك الأخذ ، وعلى الأخذ تكون الأجرة معلومة مسماة ، وتجوز بما اتفقا عليه من قليل أو كثير ما لم يكن المكتوب له مضطراً للكتاب ، إما لقصر القاضي الكتب عليه لاختصاصه بموجبها، وإما لعدم وجود غيره بذلك الموضع فيجب على الكاتب أن لا يطلب فوق ما يستحق ، فإن فعل فهي جرحة ، وإن لم يسميا شيئاً ففيه نظر ، وهو عمل الناس اليوم ، وهو عندي محمل هبة الثواب . فإن أعطاه أجرة المثل لزمه وإلا خير في قبول ما أعطاه وتمسكه بما كتبه له إلا أن يتعلق به حق للمكتوب له فيكون فوتاً ويجبران على أجرة المثل .

(وتعين) بفتحات مثقلا (الأداء) للشهادة المتحملة عند الحاكم . ابن عرفة الأداء إعلام الشاهد الحاكم بشهادة بما يحصل له العلم به ، وصله الأداء (من) مسافة (كبريدين) ابن الحاجب والأداء من نحو البريدين إن كانا اثنين فرض عين . ابن عبد السلام وإن كانوا أزيد من اثنين فالأداء عليهم فرض كفاية إلا أن لا يكتفي القاضي بالاثنين اللذين أديا أولاً لمانع من قبول شهادتهما أو شهادة أحدهما ، فيتعين على الثالث الخ . ابن عرفة ظاهر قولهم أن الأداء فرض عين مطلقاً ، وهو القائم من المدونة ، وقول ابن شاس إن كانا اثنين فقد تعينا ، فإن امتنع أحدهما وقال احلف مع الآخر فهو آثم لم أعرفه لأصحابنا ، بل للغزالي في وجيزه وهو جار على أصول مذهبنا .

(و) تعين الأداء (على) شاهد (ثالث إن لم يجتز) القاضي (بهما) أي الشاهدين اللذين أديا الشهادة عنده لمانع من قبول شهادتهما (وإن انتفع) الشاهد من المشهود له بمال في نظير أداء الشهادة له (فـ) انتفاعه (جرح) في شهادته مسقط لها . طفي أطلق ابن رشد وابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة وغير واحد وبه قرر ابن مرزوق ، والتقييد

بالامتناع إنما وقع في الرواية في السؤال ، ففي نوازل سحنون قيـــل له أرأيت الشاهدين يأتيهما صاحب الشهادة أن يشهدا له فيقولان الهبوط إلى الحاضرة يشق علينا إلا أن تنفق علينا وتعطينا دواب نهبط عليها ، قال إن كان مثل الساحل منا كتب القاضي لرجل يشهد عنده لشاهدان فيكتب بشهادتهما ولا يعنتهما بالقدوم اليه ، قيل ولا ترى هـــذه ولاية للمشهود عنده ، قال لا يستغني القاضي عن مثل هذا قيل له كم بعد الساحل من هنا قال ستون ميلا ، قال فان كان الشهود على بريد أو بريدين ويجدون الدواب والنفقة فلا يعطيهم رب الحق نفقة ولا دواب ، فإن فعل بطلت شهادتهم لأنها رشوة على شهادتهم ،فإن لم يجدوا نفقة ولا دواب فلا بأس أن يكرى لهم وينفق عليهم .

ابن رشد أصل هذه المسألة قوله تعالى ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ ٢٨٢البقرة، لأن معناه عند أهل العلم جميعاً فيما قرب دون ما بعد خصص القرآن بالإجماع ، فإن كان الشاهد بحيث يلزمه الإتيان وجب عليه ركوب دابتـــه وأكل طعامه ، فان أكل طعام المشهود له وركب دابته سقطت شهادته ، لأنه ارشى عليها بذلك ، وخفف ابن حبيب إن كان ذلك قريباً وكـــان أمراً خفيفاً ، وينبغي أن يحمل على التفسير لقول سحنون فالقريب الذي يلزمه الاتيان لأداء الشهادة قسمان : قريب جـداً تقل فيه النفقة ، ومؤنة الركوب فهذا لا يضر الشاهد فيه ركوب دابة المشهود له وإن كانت له دابة ولا أكل طعامه .

وغير قريب جداً تكثر فيه النفقة ومؤنة الركوب ، فهذا تبطل فيه شهادته إن ركب دابة المشهود له وله دابة أو أكل طعامة عند سحنون . وقيل لا تبطل شهادته بذلك وهو ظاهر نقل ابن حبيب عن مطرف وأصبغ يطلب ليشهد في الأرض النائيـــة فيحتاج إلى تعيينها بالحيازة لها ، فاله لا بأس ان يركب دابة المشهود له ويأكل طعامه وهو الأظهر ، إذ ليس ما يصير للشاهد من هذا مالا يتموله . وإن كان الشاهد لا يقـــدر على النفقة ولا اكتراء الدابة ويشق عليه الإتيان راجلا فلا تبطل شهادته إن انفق عليه المشهود له أو اكترى له دابة . وقيل تبطل شهادته بذلك إن كان مبرزاً في العدالة قاله ابن كنانة ،

وإن كان الشاهد من البعد بحيث لا يلزمه الاتيان لأداء الشهادة وليس للقاضي من يشهد عنده بموضعه الذي هو به فلا يضره أكل طعام المشهود له وإن كان له مال ولا ركوب دابته ، وإن كانت له دابة ثم قال ابن رشد فانظر أبداً إذا أنفق المشهود له على الشاهد في موضع لا يلزم الشاهد الاتيان اليه والمقام فيه جاز ، وإن أنفق عليه في موضع يلزم الشاهد الإتيان اليه فيه فلا يجوز ذلك إلا فيما يركب الشاهد إذا لم تكن له دابة ، ولم يقدر على المشي فلا خلاف أنه يجوز للشاهد أن يركب دابة المشهود عليه إذا لم تكن له دابة وشق عليه المشي من غير تفصيل بين قريب وبعيد وموسر ومعسر ، وإنما يفترق ذلك حسبما ذكرنا في النفقة ، وفي الركوب إذا كانت له دابة اهـ .

ونقله ابن عرفة مقتصراً عليه قائلا نقل ابن الحاجب قول ابن كنانة معكوساً فقال وقيل تبطل في غير المبرز ولم يتعرض ابن عبد السلام ولا ابن هرون لذلك ، فقد ظهر من كلام ابن رشد الإطلاق ، ولا عبرة بقيد الامتناع الواقع في السؤال ، إذ لم يعول عليه في شرحه وهو ظاهر من جهة المعنى ، وظهر لك أيضاً أنه عند الجواز لا فرق بين النفقة والركوب وأن الاكتراء له حكم دابة المشهود له إلا أن تخصيص المصنف لركوب وعسر المشي وإطلاقه فيشمل الغني والفقير ، دليل على أنه أراد الصورة المتفق عليها في كلام ابن رشد ، وبها صدر ابن شاس وابن الحاجب، ويبقى عليه ما اختلف فيه من الركوب والنفقة والله الموفق .

واستثنى من الانتفاع فقال (إلا ركوبه) أي الشاهد دابة المشهود له مملوكة أو مكتراة فليس جرحة إذا كان (لعسر مشيه) أي الشاهد لموضع أداء الشهادة (وعدم دابته) أي الشاهد تت .

(تنبيهات)

الأول : إضافة الدابة لضمير الشاهد مخرج لدابة قريبة فليس عليه استعارتها .

الثاني : ظاهر كلام المصنف أن انتفاع الشاهد على الأداء جرح ، ولو كان اشتغاله بأدائها يمنعه من اشتغاله باكتساب ما تقوم به بنيته وهو كذلك ، ولابن المناصف عن

لَا كَمَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْهُ بِدَابَّةٍ ، وَنَفَقَةٍ ، وَحَلَفَ بِشَاهِدٍ فِي طَلَاقٍ ، وَعِتْقٍ ، لَا نِكَاحٍ . فَإِنْ نَكَلَ : حُبِسَ ، وَإِنْ طَالَ : دُيِّنَ ،

بعض العلماء يجوز له الأخذ على الأداء وإن تعين عليه إن كان اشتغاله به يمنعه من اكتساب قوته .

الثالث : ابن عرفة هذا أحد الأقوال في أخذ الأجرة في الرواية على الاسماع أو السماع الجواز والمنع والتفصيل .

(ولا) يلزم الشاهد الأداء من (كمسافة القصر) سحنون يؤديها عند قاضي ناحيته ويكتب بها إلى قاضي الناحية الذي على يديه النازلة ، وتقدم في كلام ابن رشد عن سحنون أنه يؤديها عند رجل يكتبها للقاضي ولم يخص القاضي . وفي التوضيح والشارح و «ق» عن سحنون يشهدون عند من يأمرهم القاضي بالشهادة عنده من بلدهم .

(وله) أي الشاهد الذي طلب منه أداء الشهادة من كمسافة القصر (أن ينتفع منه) أي المشهود له (بدابة) يركبها في ذهابه لأداء الشهادة ورجوعه لبلده (ونفقة) تت ذهاباً ومقاماً وإياباً ، وصرح بمفهوم قوله بمجردها من قوله سابقاً وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها فقال (و) إن ادعى على رجل بطلاق زوجته أو عتق رقيقه أو نكاح امرأة فأنكره وأقيم عليه شاهد بذلك (حلف) المدعى عليه (بـ)سبب شهادة (شاهد) عليه (في طلاق) لزوجته (وعتق) لرقه (لا) يحلف بشاهد عليه بـ(نكاح) على المعروف ، لأن شأنه الشهرة بين الأهل والجيران ، فالعجز عن إقامة شاهد ثان عليه يضعف الشاهد ويصيره كالعدم .

(فإن) حلف المدعى عليه لرد شاهد الطلاق أو العتق سقطت شهادة الشاهد وخلى سبيل المدعى عليه ، وإن (نكل) المشهود عليه (حبس) بضم فكسر ليحلف فيهما ، فإن حلف خلى سبله (وإن طال) زمن حبسه ولم يحلف (دين) بضم فكسر مثقلاً ، أي وكل لدينه وخلى سبيله في قول الإمام مالك «رض» ، وبه القضاء وله تحديد الطول بسنة ،

وَحلَفَ عَبْدٌ وَسَفِيهٌ مَعَ شَاهِدٍ ، لَا صَبِيٌّ وأَبُوهُ ، وإنْ أَنْفَقَ
وَحلَفَ مَطْلُوبٌ لِيُتْرَكَ بِيَدِهِ ،

وله أيضاً حبسه أبداً حتى يحلف أو يقر (وحلف عبد) قن أو ذو شائبة حرية مدع بمال على منكر وشهد له عدل به وثبت له ، وإن نكل فقال اللخمي فإن كان مأذوناً له في التجارة حلف المدعي عليه وبريء ولا كلام لسيده ، وإن كان غير مأذون له حلف سيده مع شاهده واستحق المال .

(و) حلف شخص (سفيه) أي بالغ عاقل لا يحفظ المال ولا يحسن التصرف فيه مدع بمال على منكر وشهد له به شاهد (مع شاهد) له به وثبت له ، فإن نكل فقال ابن القاسم يحلف المطلوب ويبرأ ، وإن رشد فليس له الحلف بعد رشده . وقال ابن كنانة له الحلف بعد رشده (لا) يحلف (صبي) عامل بالغاً بمال وأنكره وشهد له به عليه شاهد لعدم تكليفه (و) لا يحلف (أبوه) لأنه لم يتول المعاملة، ولأنه لا يحلف شخص ليستحق غيره إن لم ينفق لوجود ماله ، بل (وإن أنفق) الأب على الصبي لفقره على المشهور المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وقيد الخلاف بما إذا لم يل الأب أو الوصي المعاملة ، فإن وليها أحدهما وجبت اليمين عليه ، فإن نكل غرم .

(و) إذا لم يحلف الصبي ولا أبوه (حلف) شخص (مطلوب) للصبي على بطلان ما شهد به الشاهد للصبي (ليترك) بضم التحتية وفتح الراء المدعى به (بيده) أي المطلوب حتى يبلغ الصبي ، فإن نكل المطلوب سلم المال للصبي لثبوته له بالشاهد ونكول المطلوب، ولا يمين على الصبي إذا بلغ ، وسواء كان المدعى به معيناً كدار أو غيره كالعين ، وسواء كان المطلوب مأموناً أو يخشى فقره قاله اللخمي .

البناني الذي لابن الحاجب فإذا حلف المطلوب ففي وقف المعين قولان ، فنسب في ضيح الأول لظاهر الموازية وكتاب ابن سحنون، والثاني للأخوين وابن عبد الحكم وأصبغ، وبنى المازري الخلاف على الخلاف في إسناد الحق إلى الشاهد فقط واليمين كالعاضد ، فيحسن الإيقاف أو إليهما معاً فيضعف الإيقاف ، وذكر في البيان الخلاف في وقف الدين

ثم قال ووقفه صحيح في القياس ، إذ لو كان المدعى فيه شيئاً معيناً لوجب توقيفه أو بيعه وتوقيف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم اهـ ، فظاهره إن وقف المعين هو المذهب ، والله أعلم .

(و) إذا حلف المطلوب وترك المال بيده (أسجل) بضم فسكون فكسر، أي كتب ما وقع في سجل القاضي (ليحلف) الصبي يميناً يكمل النصاب (إذا بلغ) الصبي ويأخذ المال من المطلوب ، فإن نكل فلا شيء له ولا يحلف المطلوب لحلفه أولاً كما يأتي . وشبه في الحلف فقال (كوارثه) أي الصبي إن مات (قبله) أي البلوغ فيحلف الوارث ويستحق المال لانتقاله له بموت الصبي، وظاهر كلام المصنف حلف وارث الصبي ولو كان حلف أولاً مع الشاهد وأخذ نصيبه من المدعى به .

البناني اعتمد المصنف قول ابن يونس لو حلف الكبير أولاً وأخذ مقدار حقه ثم ورث الصغير فلا يأخذ نصيبه إلا بيمين ثانية ، وسلمه المازري وابن عبد السلام وابن عرفة ، وانظر كيف سلموه وهو خلاف ما أفتى به ابن رشد في نوازله من أنه لا يحتاج إلى إعادة اليمين في مثل هذا ، إذ سأله عياض عن رجل توفي عن ورثة كبار وابنة صغيرة فأثبتوا له ملكاً بشاهد واحد وحلف الكبار معه وحلف المطلوب لنصيب البنت ثم ماتت قبل بلوغها وورثتها أمها فلا تحلف ثانية لحظها من بنتها ، فأجابه ابن رشد بما نصه يمين المرأة أن ما شهد به الشاهد حق ليستحق بها حظها مما أحقته لزوجها مع الشاهد تجزيها فيما صار اليها من بنتها لأنها قد حلفت على ذلك ، إذ حلفت على الجميع حين لم يصح لها أن تبعض شهادة الشاهد فتحلف على أنه شهد بحق في مقدار حصتها ، فتكون قد أكذبته في شهادته، وهذا مما لا يسمع عندي فيه اختلاف بوجه من الوجوه ، لأنها وإن كانت لم تستحق بيمينها أولاً إلا قدر حظها ، فقد حلفت على الجميع ، فإذا رجع الحق إليها فيما تستحقه بيمينها مما حلفت عليه اكتفت باليمين الأولى ، هذا الذي يأتي على منهاج قول الإمام مالك « ر ض » وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم ، وقد نقل في تكميل التقييد السؤال والجواب

إلاَّ أَنْ يَكُونَ نَكَلَ أَوَّلاً ، فَفِي تَحْلِيفِهِ : قَوْلاَنِ . وَإِنْ نَكَلَ اكْتَفَى : بِيَمِينِ الْمَطْلُوبِ الأُولَى .

بتمامها ، وقال فخرج من هذا أن ابن يونس قطع بتكرير اليمين ، وقطع ابن رشد بعدم تكريرها واللائق بتحصيل ابن عرفة أن لا يغفل فتوى ابن رشد في هذا المقام لمخالفتها ما نقل من كلام ابن يونس وإن مات شخص عن ابنين بالغ وصبي وشهد له عدل بمال عند منكره وحلف المطلوب لبقاء نصيب الصبي منه بيده أو إيقافه بيد عدل ومات الصبي قبل بلوغه وورث نصيبه أخوه البالغ فإنه يحلف على حقية ماشهد العدل به ويأخذ نصيب الصبي ممن هو بيده في كل حال .

(لا أن يكون) البالغ (نكل) عن اليمين على حقية ما شهد به العدل لأبيهما (أولاً) بشد الواو منوناً أي حين إقامة الدعوى وشهادة الشاهد لهما (ففي حلفه) أي البالغ بعد موت الصبي وأخذ نصيبه لأنه قد يحدث له ما يقوى ظنه بحقية ما شهد العدل به . ابن يونس وهو الظاهر ألا ترى أنه لو حلف أولاً وأخذحصته ثم ورث الصغير فإنه لا يأخذ حصته إلا بيمين ثانية وعدم حلفه لنكوله أولاً قاله بعض شيوخ عبد الحق (قولان) للمتأخرين لم يطلع المصنف على أرجحية أحدهما . المازري ولا نص فيها للمتقدمين ، ولذا عيب قول ابن الحاجب فلو كان وارث الصغير معه أولاً وكان قد نكل فلا يحلف على المنصوص لأنه نكل عنها .

(وإن نكل) الصبي بعد بلوغه عن الحلف على حقية ما شهد الشاهد به أو وارثه بعد موته صبياً وكان المطلوب حلف أولا (اكتفي) بضم التاء وكسر الفاء ، أي اجتزى (بيمين) الشخص (المطلوب الأولى) بضم الهمز ، أي التي حلفها حين إقامة الدعوى وشهادة الشاهد « غ » لا إشكال أن فاعل نكل ضمير الصبي أو وارثه ، وأما نكول المطلوب فقد أغفله المصنف مع أنه ذكره ابن الحاجب إذ قال فإن نكل المطلوب ففي أخذه منه تمليكاً أو وقفاً قولان .

(وإن) ادعى شخص بمال على منكره وأقام عليه شاهداً وامتنع من الحلف معه ورد

وإنْ حَلَفَ ٱلْمطْلُوبُ ثُمَّ أتى بِآخَرَ : فَلاَ ضَمٌّ ، وفي حَلِفِهِ مَعَهُ وتَحْلِيفِ ٱلْمطْلُوبِ إنْ لَمْ يَحْلِفْ : قَوْلاَنِ . وإنْ تَعَذَّرَ يَمِينُ بَعْضٍ : كَشَاهِدٍ بِوَقْفٍ عَلَى بَنِيهِ وَعَقِبِهِمْ ، أوْ عَلَى ٱلْفُقَرَاءِ : حَلَفَ ، وَإلاَّ فَحُبُسٌ .

اليمين على المطلوب ف (حلف المطلوب ثم أتى) الطالب (ب) شاهد (آخر) يشهد له كالأول (فلا ضم) أي لا تضم شهادة الثاني لشهادة الأول لبطلانها بنكول الطالب، وحلف المطلوب قاله في الموازية (وفي حلفه) أي الطالب (معه) أي الشاهد الثاني ، لأن شهادة الأول صارت كالعدم بنكوله وحلف المطلوب وعدم حلفه معه لتركه حقه بنكوله مع الأول ، وهذا لابن القاسم وابن كنانة قولان (و) على القول بحلفه معه ففي (تحليف المطلوب) لرد شهادة الشاهد الثاني (إن لم يحلف) الطالب معه بأن نكل ثانياً لأنه لم يستفد من يمينه إلا رد شهادة الشاهد الأول قاله في الموازية ، فإن نكل المطلوب أخذ الطالب حقه منه بغير يمين قاله في التوضيح وعدم تحليفه ثانياً وسقوط الحق عنه اكتفاء بحلفه أولاً قاله ابن ميسر (قولان) حذف من الأول لدلالة هذا عليه .

(فإن) شهد عدل بحق لاشخاص (وتعذر يمين بعض) منهم أو الجميع فالأول (كشاهد بوقف) لدار مثلاً (على بنيه) أي الواقف (و) على (عقبهم) فاليمين ممكنة من بعض الشهود لهم وهم البنون الموجودون وقت الشهادة ومتعذرة في الحال من العقب . والثاني أشار له بقوله (أو) شاهد بوقف (على الفقراء) فاليمين متعذر من جميع المشهود لهم وهم الفقراء ، وأشار لحكم القسمين بقوله (حلف) المطلوب برد شهادة الشاهد وبقى المدعي ملكاً له (وإلا) أي وإن لم يحلف بان نكل عن اليمين (ف) المشهود به (حبس) على بنيه وعقبهم أو على الفقراء بشهادة الشاهد ونكول المطلوب .

«غ» أما البنون وعقبهم فإنما تعذرت اليمين من بعضهم كما قال ، وأما الفقراء ونحوهم فاليمين في حقهم ممتنعة غير مرجوة الإمكان كما عبر به في الجواهر ، فلا بد من نوع تجوز ، وفاعل حلف ضمير المشهود عليه ، أي حلف المشهود عليه لتعذر اليمين من بعض المشهود له

أو كله ، فإن نكل ثبت الحبس في الفرعين ، هذا أقرب ما يحمل عليه لفظه ، ومن قال حلف المستحق في الأول والمطلوب في الثاني فيحتاج إلى وحي يسفر عن ذلك ، ويتضح مراده هنا بالوقوف على ما سلخ في توضيحه مما في الجواهر مما أصله للمازري ، وخلاصته أن في الفرع الأول أربعة أقوال :

الأول : لمالك من رواية مطرف وابن وهب رضي الله تعالى عنهم أنه إذا حلف واحد من البطن الأول مع الشاهد ثبت الحبس للجميع .

الثاني : لمالك من رواية ابن الماجشون رضي الله تعالى عنهما أنه إذا حلف جلهم ثبت الجميع .

الثالث : قول ابن المواز الذي ذهب اليه أصحابنا امتناع اليمين مع هذه الشهادة على الإطلاق ، فعلى هذا القول يكون كما إذا شهد الواحد على وقف الفقراء والحكم في وقف الفقر على ما نص أن يحلف المشهود عليه ، فإن نكل لزم الحبس .

الرابع : لبعض القرويين ، ورجحه اللخمي وغيره أن من حلف ثبت نصيبه ومن لا فلا ، كشاهد شهد الحاضر وغائب أو حمل اهـ . فأنت تراه سوى في القول الثالث بين هذا الفرع الأول والفرع الثاني المتفق على نفي اليمين فيه على المشهود لهم ، ولم يقنع بذلك حتى ساوى بينهما أيضاً في رجوع اليمين لجهة المشهود عليه ، فإن نكل لزم الحبس اعتماداً على فهم اللخمي في الفرع الثاني ، فعلى هذا اقتصر في هذا المختصر ، وحمله على غير هذا خبط عشواء ، والله تعالى أعلم .

(تنبيه)

الذي في النوادر عن أشهب أن شهادة واحد بحبس في السبيل أو وصية فيه أو لليتامى أو من لا يعرف بعينه ساقطة ليس لأحد ممن ذكر الحلف معه ، وليحيى بن يحيى عن ابن القاسم مثله ، ولما علله المازري بأن الحق لمجموع يتعذر حصوله والواحد منه لا يتقرر حقه فيه إلا باحصاء المجموع ، قال ويجب أن يحلف المشهود عليه على إبطال شهادة الشاهد كالشاهد عليه بالطلاق . ابن عرفة ظاهر الروايات عدم حلفه لعدم تعين طالبه ، ونقل

فَإِنْ مَاتَ فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحِقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ الْأَوَّلِينَ أَوِ الْبَطْنِ الثَّانِي : تَرَدُّدٌ ،

اللخمي حلفه كالمازري قائلاً إن نكل لزمه ما شهد به عليه . طفي وبهذا تعلم معارضة ما ذكره المصنف هنا لما ذكره آخر الهبة أن الصدقة على غير المعين ، ومثلها الحبس لا يقضى به ، إذ توجه اليمين فرع القضاء وإن ما ذكره هناك هو الموافق لظاهر الروايات وهو نص المدونة ، وقول عج ومن تبعه كلامه هنا في بيان ما يثبت بـه الوقف لا في القضاء به فلا يخالف قوله فيما تقدم . وان قال داري صدقة الخ فيه نظر اهـ .

البناني أي لأنه لا فائدة للثبوت إلا القضاء . قلت قـد يقال في دفعها ما تقدم محله في الدعوى على المالك لشيء أنه تصدق به أو حبسه على غير معين فلا يقضى عليه به ، وما هنا في شيء حائز يدعى ملكه فيستحق من يده باثبات وقفـه من غير معين فيقضى به ، والله اعلم .

(و) إن شهد العدل بوقف على بنيه وعقبهم فحلف بعض البنين ونكل بعضهم استحق الحالف نصيبه (فإن مات) الحالف وبقي أخوته الناكلون (ففي تعيين مستحقه) أي نصيب الحالف الذي حلف الحالف عليه هل هو من نكل (من بقية) البطن (الأولين) دون أهل البطن الثاني ، لأن نكولهم عن الحلف على نصيبهم لايمنـع من استحقاق نصيب الحالف الذي مات كما تقدم في تأخير الصغير إذا نكل أخوه الكبير ثم مات الصغير (أو) يستحقه (البطن الثاني) لبطلان حق بقية البطن الأول بنكولهم ، والبطن الثاني إنما تلقوه عن جدهم المحبس (تردد) للمتأخرين في الحكم لعدم نص المتقدمين .

ابن عرفة المازري لو حلف واحد فاستحق حقه ونكل الآخـر من البطن الأول ثم مات الحالف وحده وبقي أخوته الناكلون فقيل نكولهم كموتهم ، فيصير البطن الأول قد ماتوا أحدهم حقيقة وسائرهم حكماً بنكولهم ، فينتقل الحق للبطن الثاني ، وهذا عندي يجري على إحدى الطريقتين اللتين ذكرناهما ، وهو أن نكول من نكل لا يبطـل حق من يأتي بعده من البطن الثاني ، وأما على الطريقة الأخرى أنه يبطل حق من يـأتي بعده من

البطن الثاني فلا يرجع حظ الناكل إلى أهل البطن الثاني ، والأظهر أن المحبس إن اشترط أن لا يأخذ البطن الثاني شيئاً إلا بعد انقراض البطن الأول وموت جميعهم فلا يأخذ أحد من البطن الثاني شيئاً ما دام أحد من الناكلين حياً ، ونقل ابن شاس كلام المازري على نحو ما ذكرناه .

(ولم) الأولى لا (يشهد) شاهد على حكم (حاكم قال) الحاكم (ثبت عندي) لزيد مثلاً كذا ، أو حكمت له به إلا باشهاد من الحاكم للشاهد بأن يقول له أشهد علي به ، نقل في توضيحه عن المفيد عن مطرف . المازري من الحكمة والمصلحة منع القاضي من الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل ، فيقول علمت فيما لا علم له به وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلا أن يسمى البينة كما قال ابن القصار وابن الجلاب ، ورأى المازري أيضاً أن قول القاضي ثبت عندي كذا ليس حكماً منه بما ثبت عنده ، فإنه أعم من الحكم والفه فيه جزءاً ، وقبله ابن عبد السلام ، وبحث فيه ابن عرفة ، وعـــارضه بما له في شرح التلقين ، فقف على الفرعين في أقضيته قاله «غ» .

طفي ظاهره أن كلام ابن الجلاب وابن القصار في فرض المصنف وليس كذلك ، إذ كلام المصنف في النقل عن القاضي فلا بد من الإشهاد ولو سمى البينة ، ولا معنى للتوقف فيه ، إذ أصل النقل كذلك لا بد فيه من الإشهاد ، ولا يغني عنه تسمية البينـــة ، ولذا اطلق مطرف فيهذا الفرع الذي نقله المصنف عنه في توضيحه ، وكـلام ابن القصار وابن الجلاب في قول القاضي نفسه ثبت عندي كذا لا بد في قبوله من تسمية البينة ، وإلا فلا يقبل ، والمشهور خلافه ، وبنقل كلام الأئمة يتضح لك المراد .

ابن عرفة اللخمي إن حكم على الخصم باقراره المستمر حتى حكم عليه ثم أنكر بعـــد حكمه عليه وقال ما كنت أقررت بشيء فلا ينظر إلى نكاره هذا مشهور المذهب .وقال ابن الجلاب إن ذكر الحاكم أنه حكم بشيء وأنكره المحكوم عليه فلا يقبل قول الحاكم إلا ببينة وهو أشبه في قضاة اليوم لضعف عدالتهم . وفي مختصر الواضحـــة من قول ابن

القاسم إذا جاء كتاب من قاض إلى قاض آخر فلا يعتبر إلا بشهادة شهود أنه كتاب القاضي ، ولا يلتفت إلى طابع القاضي وقاله ابن الماجشون ، وزاد أشهب أنه لا تجوز شهادتهم أنه كتاب القاضي حتى يشهد أنه قد أشهدهم عليه ولا يضر عدم ختمه . وقال ابن وهب لا يجوز كتاب قاض إلى قاض إلا بشاهدين أنه أشهدهما بما فيه وإن لم يكن فيه خاتمه . ابن فرحون يشترط أن يكون المكتوب اليه عالماً بعدالة شهيدي الكتاب ولا يكفي تعديلهما فيه .

وشبه في الاشتراط فقال (ك) قول الشاهد الأصلي للشاهد الذي ينقل عنه شهادته (اشهد على شهادتي) ابن عرفة النقل عرفاً إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه لقاض ، فيدخل نقل النقل ، ويخرج الإخبار بذلك لغير قاض . ابن القاسم من سمعته يقول لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما سمعت إن كنت سمعته يؤديها عند الحاكم للحكم بها وإلا فلا حتى يشهدك ، إذ لعله لو علم أنك تنقلها عنه لزاد أو نقص ما ينقضها . وفي المدونة وغيرها تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والطلاق والولاء وكل شيء .

ابن عرفة والنقل عن الأصل شيء ، فظاهر عموم الروايات وإطلاقها صحة نقل النقل ولم أقف على نص فيه ، فإن قال المنقول عنه للناقل إشهد على شهادتي أو انقلها عني صح نقله اتفاقاً. الباجي من سمع شاهداً قبض شهادته فلا يجوز له نقلها عنه حتى يشهده عليها. ابن الحاجب شرطها أن يقول إشهد على شهادتي . ابن عبد السلام أي شرط قبولها أو تحملها ا ه (أو رآه) أي الشاهد الناقل الشاهد المنقول عنه (يؤديها) أي المنقول عنه الشهادة عند حاكم للحكم بها فيجوز له نقلها وإن لم يقل له إشهد على شهادتي قاله ابن القاسم ، واستظهره ابن رشد . وقال ابن المواز لا يجوز له حتى يقول له إشهد على شهادتي. ابن يونس وهو اشبه بظاهر المدونة .

ويصح نقل الشهادة (إن غاب الأصل) أي المنقول عنه ، فإن كان الأصل حاضراً قادراً على أداء الشهادة فلا يصح النقل عنه لأنها ريبة لو حضرت تثبت فيه ، ولأن خوف

وَهُوَ رَجُلٌ بِمَكَانٍ ، لَا يَلْزَمُ ٱلْأَدَاءُ مِنْهُ ، وَلَا يَكْفِي فِي ٱلْحُدُودِ : ٱلثَّلَاثَةُ ٱلْأَيَّامِ أَوْ مَاتَ أَوْ مَرِضَ ،

سهو أو غلط أو كذب الأصل اخف من خوفه من الناقل (و) الحال (هو) أي المنقول عنه (رجل) فإن كان الأصل امرأة فلا يشترط في صحة النقل عنها غيبتها . ابن عرفة اللخمي لابن الماجشون ينقل عن النساء وإن حضرن وهو الشأن ، رواه ابن حبيب عن مطرف ، قال لم أر بالمدينة امرأة قط أدت الشهادة بنفسها ، ولكن تحمل عنها ولا يشترط في النقل عنها غيبتها .

الباجي لما أمر النساء به من الستر والبعد عن الرجال ولذا قال بعض العلماء لا يلزم المخدرة حضور مجلس القضاء للمحاكمة وهي التي تبتذل بكثرة التصرف ولا تخرج إلا لزيارة وما لا بد منه . ابن عرفة والأظهر الفرق بين من يخشى من خروجها مفسدة ومن لا ويشترط غيبة الأصل (بمكان) بعيد (لا يلزم) الأصل (الأداء) للشهادة عند القاضي الذي الخصومة عنده (منه و) لكن (لا يكفي) في صحة نقل الشهادة (في) موجب جنس (الحدود) كالسرقة والزنا والقذف (الثلاثة الأيام) أي غيبة الشاهد المنقول عنه مسافة ثلاثة أيام ، هذا قول ابن القاسم في الموازية ، وعليه إذا كان الشاهدان بموجب الحد على يومين فإنهما يرفعان شهادتهما إلى من يخاطب القاضي الذي يراد نقل الشهادة اليه .

ابن عاشر انظر لم لم يكتف في غيبة اليومين بنقل الشهادة ، واكتفى فيها بخطاب المشهود عنده ، ولعله لأن خطاب المشهود عنه أوثق من النقل . وقال سحنون تكفي مسافة اليومين في الحدود أيضاً . وعطف على غاب فقال (أو) إن (مات) الأصل بالأولى (أو) إن (مرض) الأصل مرضاً يشق معه حضوره إلى القاضي . ابن المواز تجوز الشهادة على الشهادة في كل شيء ، وإنما ينقل عن مريض أو غائب ولا يجوز النقل عن الصحيح الحاضر أراد إلا النساء ، فيجوز النقل عنهن مع حضورهن وصحتهن لضرورة الكشفة . وأما في الحدود فلا ينقل عن البينة إلا في غيبة بعيدة ، فأما اليومان والثلاثة فلا ، وأما غير الحدود فجائز في مثل هذا .

وَلَمْ يَطْرَأْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ بِخِلَافِ جُنٍّ . وَلَمْ يُكَذِّبْهُ أَصْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ ، وَإِلَّا مَضَى بِلَا غُرْمٍ . وَنَقَلَ عَنْ كُلٍّ ، اثْنَانِ

(و) إن لم (يطر) أي يتجدد للأصل المنقول عنه (فسق) خفي كسرقة وزنا ، أو ظاهر كقتل وحرابة (أو عداوة) بينه وبين المشهود عليه قبل أداء شهادة النقل ، فإن طرأ له شيء منهما قبله بطلت شهادة النقل (بخلاف) طرو (جن) أي جنون للمنقول عنه قبله فلا يبطلها (و) إن (لم يكذبه) أي الناقل (أصله) أي المنقول عنه (قبل الحكم) بشهادة النقل بأن لم يكذبه أصلا أو كذبه بعده ، كما يأتي ، فإن كذبه قبله بأن قال لم أشهده على شهادتي ولم يسمعني أؤديها عند حاكم ليحكم بها أو قال لا شهادة لي في ذلك بطل النقل (وإلا) أي وإن كذب المنقول عنه الناقل بعد حكم الحاكم بنقل الشهادة (مضى) الحكم ونفذ المحكوم به (بلا غرم) على الشهود الناقلين ، لأنه لم يقطع بكذبهم والحكم صدر عن اجتهاد فلا ينقض ، وكذا طرو فسق الأصل أو عداوته بعد الحكم .

في العتبية ابن القاسم في شاهدين نقلا شهادة رجل ثم قدم فأنكر إشهادهما أو كونه علم ذلك وقد حكم بها ، قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه يفسخ ، وفي سماع عيسى يمضي ولا غرم عليهما ولا يقبل تكذيبه لهما . ابن يونس هذا أصوب ، قال ولو قدم قبل الحكم وقال ذلك سقطت الشهادة . ابن يونس كالرجوع عن الشهادة . ابن شاس إن طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع . المازري حدوث فسق الأصل بعد سماع النقل عنه وقبل أدائه يبطل شهادته ، وأشار بعض أصحابنا إلى أن الفسق إن كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر بسابق مقدمات تمنع العدالة ، وإن كان يجاهر به كالقتل لم يشعر بأنه كان كذلك فيما سبق . قال وإن انتقل من طرأ فسقه لعدالة ففي صحة النقل عنه بالسماع الأول منه أو بالسماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس .

(و) إن (نقل عن كل) من الشاهدين الأصلين أو الشهود الأصول (اثنان) ينقلان عن أحد الأصلين ثم ينقلان عن الأصل الآخر . وقال عبد الملك لا بد من نقل اثنين آخرين

لَيْسَ أَحَدُهُما أَصلاً . وَفي الزِّنا : أَرْبَعَةٌ عَنْ كُلٍّ ، أَوْ عَنْ كُلِّ اثْنَيْنِ : اثْنانِ

عن الآخر (ليس أحدهما) أي الناقلين (أصلاً) فإن كان أحدهما أصلاً كان نقل أحد الأصلين مع ثالث غير أصل عن الأصل الآخر ، فلا يصح. ابن عرفة شرط نقل غير الزنا اثنان ولو اشتركا في أصل آخر فيها ، وتجوز شهادة رجلين على عدد كثير ولا يقبل أقل من اثنين في الحقوق عن واحد فأكثر ، ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطالب في مال لأنها بعض شهادة شاهد والنقل نفسه ليس بمال ، ولو أجيز ذلك فلا يصل إلى قبض المال إلا بيمينين ، وإنما قضى النبي ﷺ في المال بشاهد ويمين واحدة . ابن الماجشون إذا شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما وثالث على شهادة آخر في ذلك الحق فلا يجوز لأنه يرجع إلى أن واحداً أحيا شهادتهما . ابن القاسم إذا شهد رجل في حق على علمه وشهدهو وآخر ينقلان عن رجل فلا يجوز ، لأن واحداً أحيا الشهادة . في العتبية تجوز شهادته على علم نفسه ولا يجوز نقله عن الآخر .

(و) إن نقل (في الزنا أربعة) واحدة (عن كل) من الأربعة الأصول (أو) ينقل فيه أربعة أيضاً لكن (عن كل اثنين) أصلين من الأربعة الأصول (اثنان) من الأربعة الفروع ، وأولى نقل ستة عشر عن كل واحد أربعة . وقيل لا يصح النقل إلا هكذا ، ولو نقل اثنان عن ثلاثة واثنان عن الرابع فلا تصح على المشهور كما في التوضيح خلافاً لابن الماجشون ، لأنه لا تصح شهادة الفرع إلا حيث تصح شهادة الأصل لو حضر ، والرابع الذي نقل عنه اثنان لو حضر ما صحت شهادته مع الإثنين الناقلين عن الثلاثة لنقص العدد ، ولأن عدد الفرع ناقص عن عدد الأصل حيث نقل عن الثلاثة اثنان فقط ، والفرع لا ينقص عن أصله لأنه قائم مقامه ونائب عنه هذا على ما المصنف في التوضيح ، ولابن عرفة خلافه ، ونصه وسمع أبو زيد ابن القاسم تجوز ثلاثة عن ثلاثة في الزنا واثنان عن واحد ، ثم قال عن ابن رشد وقول ابن القاسم في السماع تجوز ثلاثة الخ كلام خرج على سؤال سائل ، لا أنه لا يجوز عنده أقل من ذلك ، لأنه يجوز على مذهبه اثنان عن ثلاثة

واثنان عن واحد ، فمقتضاه أن الجواز في هذا هو مذهب ابن القاسم اهـ أفاده البناني ، ونقلت نص ابن عرفة [1] بتمامه في حاشيتي على شرح شيخ مشايخي سيـــدي أبي محمد الأمير على مجموعه .

(1) (قوله نص ابن عرفة) بتمامه وهو وشرط نقل غير الزنا اثنان ، ولو اشتركا في أصل آخر فيها وشهادة رجلين تجوز على شهادة عــدد كثير ، ولا يقبل أقل من اثنين في الحقوق عن واحــد فأكثر . اللخمي ابن الماجشون ولا يجوز في الشهادة على السماع أقل من أربعة ، لأنه كالشهادة على الشهادة فلا يجري على قوله في المـال والحدود غير الزنا أقل من أربعة ، وإن نقل عن حكم قاض فإن كانت الشهادة على القاضي بحكم تضمن مالاً كفى اثنان ، وإن كانت على بينة في الحكم لم يجز أقل من أربعة ، وشرط نقل الزنا أربعة عن كل واحد إثنان فتصح الشركة في كل الأصل أو بعضه في رجمهـــا تجوز الشهادة على الشهادة في الزنا ، مثل أن يشهد أربعة على شهادة أربعة أو اثنـــان على شهادة اثنين ، واثنان آخران على شهادة اثنين آخرين . ولو شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة أربعة فلا يحد المشهود عليه ويحد الثلاثة إلا أن يقيموا عليه أربعة شهداء سواهم ، فلا يحدون ويحد حـد الزنا . وسمع أبو زيد ابن القاسم تجوز ثلاثة على ثلاثة في الزنا واثنان على واحد .

ابن رشد هو نصها أن الشهادة على الشهادة في الزنا لا تتم بأقل من أربعة ، ثم قـــال وإن تفرقوا لزم اثنان على كل واحد فيصيرون ثمانية ، ويكفي في تعديلهم مـا يكفي في غيرهم اثنان على كل واحد أو أربعة على جميعهم . وقوله في السماع تجوز ثلاثة على ثلاثة واثنان على واحد كلام خرج على سؤال لا أنه لا يجوز عنده أقل من ذلك ، لأنه يجوز على مذهبه اثنان على ثلاثة واثنان على الواحد ، وروى مطرف أنــه لا يجوز النقل في الزنا إلا ستة عشر أربعة عن كل واحد من الستة عشر اجتمعوا أو تفرقوا ، ويتخرج فيها قول ثالث وهو جواز أربعة على جميعهم إن اجتمعوا وأربعة على كل واحد إن افترقوا ، وانظر تمامه فإنه طويل جداً لا يليق بهذه الحاشية .

ولُفِّقَ نَقْلٌ بِأَصْلٍ ، وَجازَ تَزْكِيَةُ نَاقِلٍ أَصْلَهُ وَنَقْلُ أمْرَأَتَيْنِ مَعَ رَجُلٍ فِي بَابِ شَهَادَتِهِنَّ ،

(ولفق) بضم فكسر مثقلاً (نقل بأصل) في الزنا وغيره ففيه كاثنين على رؤيته واثنين ناقلين عن اثنين برؤيته ، وكثلاثة برؤيته ، واثنين عن أصل بها ، وفي غيره كاثنين ناقلين عن واحد وواحد أصل . ابن عرفة وتتم الشهادة ببعض الأصل والنقل عن باقيه بشرط عدده عند قائلية الشيخ لمحمد عن ابن القاسم إن شهد واحد على رؤية نفسه وثلاثة على شهادة ثلاثة ، فذلك تام ، ولا يجب الحد حتى يكون عدد الشهود أربعة عند الحاكم وكذا لو شهد اثنان على الرؤية واثنان على شهادة اثنين وأما واحد على رؤيته واثنان على شهادة ثلاثة فلم يجوز ، وحد شاهد الرؤية للقذف وشاهد النقل إن لم يكن في لفظهما أنه زان إنما قالا أشهدانا،على شهادتهم أن فلاناً زان رأيناه وفلان ، فلا يحدان ، وإن قدم الثلاثة حدوا إلا أن يثبتوا على شهادتهم حين قدموا ، ويشهدوا بها فيحد المشهود عليه . محمد هذا إن تأخر ضرب الشاهد الأول حتى قدم هؤلاء ، وكذا لو مات واحد وقدم اثنان لأنه قد ثبت شهادة اثنين على شهادة الميت منهم ، وكذا إن لم يقدم منهم غير واحد فشهد قاله ابن القاسم وأشهب وأصبغ ، وروى مطرف إن حضر ثلاثة على الرؤية وغاب الرابع أو مات فلا تتم إلا بأربعة ينقلون عنه .

(وجاز تزكية) شاهد (ناقل) شهادة غيره من إضافة المصدر لفاعله ومفعوله قوله (أصله) أي المنقول عنه ، إذ لا تهمة فيها ولا تجوز تزكية الأصل الناقل عنه لأنه يتهم بدفعه عن نفسه مشقة التأدية . ابن عرفة الشيخ عن الموازية ليس النقل عن الشاهد تعديلاً له حتى يعدله الناقلون أو يعرفه القاضي بعدالة أشهب ، وإلا طلب منه من يزكيه .

(و) جاز (نقل امرأتين مع رجل) ناقل عن رجل أو امرأتين (في باب شهادتهن) أي النساء من الأموال وما لا يظهر للرجال مما تعلق بعورة النساء . ابن عرفة فيها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه تجوز شهادة النساء على الشهادة في الأموال والوكالة عليها وهن وإن كثرن كرجل ، فلا ينقلن إلا مع رجل نقل عن رجل أو امرأة وقاله أشهب ،

وإلاَّ قالا وَهِمْنَا بَلْ هُوَ هَذَا: سَقَطَتَا وَنُقِضَ ، إنْ ثَبَتَ كَذِبُهُمْ :

وقال غيرهما لا تجوز شهادتهن على شهادة ولا على وكالة في مال. سحنون وهذا أعدل. عياض أراد أن أشهب وافقه في نقلهن فقط لا في الشهادة على الوكالة .

(وإن) شهد عدلان على زيد مثلاً بمال ثم (قالا) أي الشاهدان بعد أداء الشهادة وقبل حكم الحاكم بمقتضاها (وهمنا) بفتح الواو وكسر الهاء وسكون الميم ، أي غلطنا في المشهود عليه وهو زيد مثلاً (بل) إنما نشهد على عمرو و(هو هذا: سقطتا) أي الشهادتان معاً الأولى لاعترافهما بالغلط فيها ، والثانية لإخراجهما أنفسهما من العدالة لإقرارهما بأنهما شهدا بدون يقين ، رواه ابن القاسم عن الإمام مالك ، وقاله هو وأشهب رضي الله تعالى عنهم في كتاب السرقة من المدونة إذا شهد رجلان على رجل بالسرقة ثم قالا قبل القطع وهمنا بل هو هذا الآخر فلا يقطع واحد منهما .

أبو الحسن أما الأول فلأنهما رجعا عن شهادتهما عليه. وأما الثاني فلأنهما قد كانا برآه حين شهد على الأول ، وظاهره وإن كان بعد الأمر بالحكم وقبل انفاذه. وفي النوادر عن المرازية إذا قالا قبل الحكم وهمنا لم يقبلا وقاله ابن القاسم وأشهب ، قالا ولو قالا في آخر على هذا شهدنا ووهمنا في الأول لم يقبلا على واحد منهما ، ورواه ابن القاسم . أشهب كان ذلك في حق أو قتل أو سرقة لإخراجهما أنفسهما عن العدالة بإقرارهما أنهما شهدا على الوهم والشك .

(و)إن شهد عدلان على شخص بقتل آخر مساو له في الحرية والإسلام عمداً عدواناً أو أربعة عن محصن بالزنا وحكم الحاكم بالقصاص من الأول ورجم الثاني (نقض) بضم فكسر ، أي فسخ الحكم (إن ثبت كذبهم) أي الشهود في شهادتهم . البناني هذه المسألة استوفاها ابن الحاجب وأجملها المصنف ، فلو قال ونقض إن ثبت كذبهم قبل الاستيفاء كحياة من قتل أوجبه قبل الزنا أو بعده وأمكن كدية خطأ وإلا فلا كرجوعهم ولو عن دماء وحد وغرما مالا ودية لكان أوضح وأتم . ابن عاشر هذا تفصيل المسألة وضمير غرما للشاهدين في عدم النقض في صورتي تبين الكذب والرجوع اهـ ، (ك) ظهور (حياة

من) أي الشخص الذي شهدا بأنه (قتل) بضم فكسر عمداً أو خطأ ، فإن كان اقتص في العمد ثم قدم المشهود بقتله حياً غرم الشاهد أن الديـــة من أموالهما ولا شيء منها على الإمـــام ولا على من قتل المشهود عليه وإن شهدا بالقتل خطأ ثم ثبتت حياته بعد غرم العاقلة الدية ، فقال ابن القاسم ترجع العاقلة بالدية على من أخذها ، فإن أعدم فلهـــا الرجوع على الشهود وعليه اقتصر ابن الحاجب .

(أو) ظهور (جبه) بفتح الجيم وشد الموحدة ، أي المشهود عليه برؤية الزنا (قبل الزنا) المشهود به ويغرم الشهود ديته ولا يحدون لجبه . ابن عرفة في الموازية ابن القاسم إن شهد رجلان بان هذا الرجل قتل ابن هذا عمداً فقضى بقتله فقتله ، ثم قدم الابن حياً غرم الشاهدان ديته في أموالهما إن تعمدا ذلك ولا شيء على الإمام ولا على عاقلته ولا على الأب ، وقاله أصبغ إن كان ذلك عمداً من الشاهدين . ابن القاسم ولو صالح الأب القاتل بمال لرده فإن كان عديماً فلا يتبع الشاهدان بشيء وقاله ابن سحنون لا يقيد إن تعمدوا ذلك ، وزاد عنه ولا يرجع الشاهدان فيما غرما على القاتل بشيء لأنهما اللذان تعديا ، فإن كانا عديمين رجع ولي المقتول على الولي القاتل ، فإن أخذ ذلك منه فلا يرجع على الشاهدين لأنه الذي أتلف النفس ، ثم قال وروي أن ولي الدم مخير إن شاء اتبع الشاهدين فـــان اختار ذلك فليس له التحول عنهما إلا بعدمهما لأنه إن أخذ ذلك منهما رجعا به على الولي ، وإن اختار تضمين الولي القاتل فليس له التحول عنه إلى الشاهدين أعدم أو لم يعدم وإن ودى الولي القاتل لم يكن له رجوع على الشاهدين ، وقد روي أنه لا يرجع على الولي بشيء لأن ظهور المحكوم بقتله حياً أبطل الحكم ، والولي إنما أخذ ما أعطاه الشاهدان على أنهما صدقا عنده ، والذي أخذه قصاص لا ثمن له ، وعلى الشاهدين غرم الديـــة لأنهما اللذان أتلفا ذلك .

قلت فحاصله إن قدم من اقتص بقتله ببينة حياً ففي تعين رجوع ولي من قتل به على الشاهدين عليه بديته في أموالهم إن كانا مليين وإلا فعلى المقتص وتخييره في ذلك وفي رجوعه

على المقتص . ثالثها لا رجوع على المقتص بشيء مطلقاً ،ثم قال ولو كانت الشهادة بقتل خطأ ثم قدم من شهد بقتله بعد غرم العاقلة الدية رجعت على البينة بها حالة ، فإن أعدمت فعلى الولي ومن يغرم منهما فلا يرجع على الآخر بشيء ، وروي أن العاقلة مخيرة ، فان اتبعت البينة فلا تحول لها عنها إلى الولي إلا في عدمها لأنهـا لو غرمت رجعت على الولي ، وإن اتبعت الولي فلا تحول لها عنه إلى البينة ولو أعدم لأنـه إن غرم لم يكن له رجوع على البينة ، وعن ابن القاسم أن الأب يرد على العاقلة ما أخذ منها ، فإن كان عديماً غرمت البينة ، ثم قال وفيها إن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجمه الإمام ثم وجده مجبوباً فلا يحد الشهود ، إذ لا يحـد من قال لمجبوب يا زاني وعليهم الدية في أموالهم مع وجيع الأدب وطول السجن إلا أن يقولوا رأيناه يزني قبل جبه فتجوز شهادتهم ولا حد عليهم بكل حال .

(لا) ينقض الحكم إن ثبت (رجوعهم) أي الشهود عن الشهادة . ابن عرفة الرجوع عن الشهادة انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه ، فيدخل انتقاله إلى شك على القولين بان الشاك حاكم أو غـير حاكم ، الأول للاصبهاني شارح المحصول،والثاني للقرافي،وقيد بعد أداء شهادته،هو ظاهر الروايات،وظاهر لفظ المازري صدقه على ماقبل الأداء فعليه يحذف لفظ بعد أداء شهادته اهـ ، وظاهره سواء كان رجوعهم قبل الاستيفاء أو بعده ، فان كان قبله فان كان الحكم بمـال مضى اتفاقاً ، وإن كان بقتل فلابن القاسم لا ينقض كما في المال ، وله أيضاً مع غيره لا يستوفى في الدم لحرمته وتجب الدية وإن كان بعد الاستيفاء ، فقال المصنف لا خلاف أن الحكم تام .

(و) إن رجع الشاهدان بعد الحكم وقبل الاستيفاء (غرما) أي الشاهدان (مالاً) اتفاقاً للمشهود لشهادتها به ، ولو قالا غلطنا لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء،وإن رجعا بعده غرما للمشهود عليه مثل ما غرمه للمشهود له إن كان مثليا وقيمته إن كان مقوماً (و) غرما (دية) للمقتص منه أو المرجوم إن رجعا عن شهادتهما بقتل بعد قتل المشهود عليه قصاصاً أو حداً بالرجم إن لم يتعمدا الزور،وقالا غلطنا خلافاً لابن الماجشون

في عدمه قال إذ لو غرما في الخطأ مع كثرة الشهادة لتورع الناس عنها ، بل (ولو تعمدا) أي الشاهدان الزور فيغرمان الدية ولا يقتص منهما عند ابن القاسم ، وأشار بولو لقول أشهب يقتص منهما في العمد واستقر بـــه المصنف لقتلهما نفساً بغير شبهة والولي والقاضي معذوران .

ابن عرفة الشيخ عن الموازية لو شهدوا بقتل رجل فحكم الإمام بقتله ودفعه للولي فأقر بالزور قبل قتله فقد اضطرب فيه ، فقال ابن القاسم مرة ينفذ الحكم بقتله لأنهما الآن لا تقبل شهادتهما ، ثم قال هذا القياس ولكن أقف عن الحكم بقتله لحرمته ، وكذا القطع وشبهه، والعقل أحب إلي ، واختلف قول أشهب أيضاً . أصبغ القياس القتل والقطـــع والرجم في زنا المحصن ، واستحسن أن لا يقتل لحرمـــة الدم وخطره ولا دية على شاهد ولا مشهود عليه وأراه شبهة كبيرة وقاله محمد المازري قول ابن القاسم فيه العقل أحب إلي لم يذكر فيه على من يكون العقل هل على الشهود لأنهم أبطلوا الدم فيغرموا ديته وإن أراده فهل عليهم دية من شهدوا عليه أو دية القاتل ، لأنها قد تختلف قـــد يكون القتيل رجلاً والقاتل امرأة أو عكسه ، والاظهر أنه أراد أن العقل على القاتل حتى لا يبطل الدم عنه ولو كان رجوعهما عن زنا محصن ففي تنفيذ حده وسقوطه لا لبدل. ثالثها يحد حد بكر ثم قال ولو كان رجوعهما عن زناً غير محصن ففي انفاذه وسقوطه بعقوبته فقط قولا ابن القاسم مع اللخمي عن محمد واختياره . وفي القذف منها وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بزور درىء الحد .

ابن المواز إذا شهدا بقتل أو غيره ثم رجعا بعد الحكم فرجوعهما ليس بشهادة ، وهو إقرار على أنفسهما بما أتلفاه وشهادتهما الأخرى باطـــلة والحكم ماض . ابن شاس إن كان رجوع الشهود قبل القضاء فلا قضاء ، وإن كان بعده وقبل الاستيفاء فخلاف ينفذ وإن كان بعده غرما الدية في العمد والخطأ عند ابن القاسم . ابن حارث إن رجعا بعـــد الحكم وقبـــل قبض المال وجب للمحكوم عليه قبضه اتفاقاً، وفيها إن رجعا بعد الحكم بدين ضمناه ظاهره ولو قبل تنفيذه ، وهو مقتضى نقل الصقلي على الموازية إن رجعا بعد الحكم

فهرب المقضي عليه قبل أن يؤدي فطلب المقضي له الشاهدين بما كانا يغرمانه لغريمه لوغرم فلا يلزمها غرم حتى يغرم المقضي عليه ، ولكن ينفذ القاضي الحكم للمقضي عليه على الراجعين بالغرم هرب أو لم يهرب ، فإن غرم أغرمها ، وكما لو شهدا بالحق إلى سنة ثم رجعا فلا غرم عليهما حتى يغرم هو .

وقال محمد بن عبد الحكم للمقضي عليه أن يطلب الشاهدين بالمال حتى يدفعاه عنه للمقضي له به . البناني المبالغة راجعة لقوله ودية فقط ، إذا العمد في المال أحرى بالغرم فلا يبالغ عليه ، وما قبلها فيه خلاف أيضاً ، لكن بالغرم وعدمه ، وما مشى المصنف عليه فيه من الغرم خلاف قول أكثر أصحاب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، لكنه ظاهر المدونة كما ذكره ابن عرفة وغيره .

(و) لو شهد أربعة على شخص بالزنا واثنان باحصانه ورجم ثم رجع الستة عن شهادتهم اختص شهود الزنا بغرم الدية فـ (لا يشاركهم) أي شهود الزنا (شاهدا الاحصان) في غرم الدية ، هذا مذهب ابن القاسم واختاره سحنون وأصبغ . وقال أشهب ومن وافقه يشاركهم شاهد الإحصان ، لأن سبب رجمة مركب من الشهادتين ، وعليه فهل يستوي الستة في الغرم أو على شاهدي الإحصان نصفها قولان ، ولو انفردت شهادة الزنا لم يرجم ، كذا قرره الشارح ونحوه لابن شاس وابن الحاجب وغيرهما ، وقرره البساطي بأنه رجم بشهود الزنا والإحصان ، ثم ثبت انه مجبوب ، فإن الغرم يختص بشهود الزنا لعدم تبين كذب شهود الاحصان فهي من تمام قسم تبين الكذب . ابن عرفة من رجم بشهادة أربعة بزناه واثنين بإحصانه ثم رجعوا أجمعون ففي عدم غرم شاهدي الإحصان وغرم كل منهما سدس الدية ، وباقيها على بينة الزنا بالسوية ، ثالثها على كل من شاهدي الإحصان ربعها ونصفها على بينة الزنا بالسوية لأصبغ مع سحنون وابن القاسم وأشهب مع ابن الماجشون ومحمد ، وأشار المازري إلى أن ذلك بناء على حصر حكم الرجم إلى إضافته لوصف زناه ولغو إحصانه فيه ، لأنه وصف كمال له لا وصف نقص فيه ، أو إضافته إلى وصفي إحصانه وزناه من عدد مثبتهما أو إضافته إلى الوصفين من حيث ذاتهما .

كَرُجُوعِ الْمُزَكِّي ، وأُدِّبَا فِي كَقَذْفٍ ، وحُدَّ شُهُودُ الزِّنَا مُطْلَقاً ؛ كَرُجُوعِ أَحَدِ الأَرْبَعَةِ

وشبه في عدم المشاركة في الغرم فقال (كرجوع) جنس العدل (المزكي) لشهود الزنا أو قتل العمد عن تزكيتهم بعد رجم المشهود عليه أو قتله قصاصاً ، فلا يغرم المزكي شيئاً من الدية ، سواء رجع الشهود الأصول أو لا ، ففي النوادر سحنون إن شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم بالحق ثم رجع المزكيان البينة وقالا زكينا غير عدلين ومن لا يزكى مثله فلا ضمان عليهما،لأن الحق أخذبغيرهما ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما فلا يغرم إلا الشاهدان وقاله ابن الماجشون أيضاً . المسناوي لم يذكروا خلاف أشهب في رجوع المزكي كخلافه في رجوع شاهد الإحصان . ولعله يتخرج في رجوع المزكي بالأولى لعدم ثبوت شيء بدون المزكي ، بخلاف شاهد الإحصان فيثبت بدونه الجلد قاله المسناوي .

(وأدبا) بضم فكسر مثقلاً أي الشاهدان الراجعان عن شهادتهما (في كقذف) وشتم وضرب بسوط ولطم بعد الاستيفاء بحد المشهور عليه وتأديبه ، ولا غرم عليهما ولا قود عند جميع أصحابنا ، إذ لم يتلفا مالاً فيغرمانه ، ولا نفساً فيطلبان بديتها . سحنون إذا شهد على رجل أنه قذف رجلاً أو شتمه أو ضربه بسوط أو لطمه فجلده القاضي في القذف أو أدبه فيما يجب فيه الأدب ثم رجع الشهود وأقروا بالزور فليس في هذا عند جميع أصحابنا غرم ولا قود ولا حد معروف إلا الأدب من السلطان ، ولا تقع المماثلة في اللطمة ولا ضرب السوط بأمر يضبط ولا أرش لذلك إنما فيه الأدب .

(وحد) بضم الحاء المهملة وشد الدال كذلك (شهود الزنا) الراجعون عن الشهادةبه حد القذف للمشهود عليه الحرذى الآلة العفيف عما يوجب الحد (مطلقاً) عن التقييد بكون رجوعهم بعد الحكم أو بعد الإستيفاء بحد المشهود عليه . ابن الحاجب للرجوع ثلاث صور قبل الحكم وبعده وقبل الإستيفاء وبعده ، ويحدون في شهادة الزنا في الصور كلها وشبه في حد شهود الزنا فقال (كرجوع أحد الأربعة) الذين شهدوا بالزنا على

قَبْلَ ٱلْحُكْمِ ، وإنْ رَجَعَ بَعْدَهُ حُدَّ ٱلرَّاجِعُ فَقَطْ ، وإنْ رَجَعَ ٱثْنَانِ مِنْ سِتَّةٍ ، فَلاَ غُرْمَ ، ولَا حَدَّ ، إلاَّ إنْ تَبَيَّنَ أنَّ أَحَدَ ٱلْأَرْبعَةِ عَبْدٌ فَيُحَدُّ ٱلرَّاجِعَانِ والعَبْدُ ،

مكلف عن شهادته (قبل الحكم) بحد المشهود عليه فيحد الأربعة لعدم كمال نصاب شهادة الزنا فهم قاذفون .

(وإن رجع أحدهم) أي الأربعة الذين شهدوا بالزنا على مكلف (بعده) أي الحكم بحد المشهود عليه (حد) بضم ففتح مثقلاً الشاهد (الراجع) اتفاقاً لاعترافه على نفسه بالقذف (فقط) أي ولا يحد الثلاثة الذين لم يرجعوا عن شهادتهم على المشهور ، وهو مذهب المدونة ، لنفوذ الحكم بشهادتهم مع بقائهم عليها . وظاهر قوله بعد الحكم سواء كان قبل الإستيفاء أو بعده وهو كذلك في توضيحه . وفي الجواهر بعد الحكم وإقامة الحد وتبعه ابن الحاجب قاله تت . طفي لم يتبعه بل عبارته كعبارة المصنف ونصه ، فلو رجع أحد الأربعة قبل الحكم حدوا وبعده حد الراجع اتفاقاً دون الثلاثة على المشهور ، ونص الجواهر وإذا رجع أحد الأربعة قبل الحكم حدوا ولو كان رجوعه بعد الحكم وإقامة الحد حد الراجع بغير خلاف .

واختلف هل يحد الباقون لأن الزنا لم يثبت إلا باربعة أو لا يحدون ، لأن الحكم تم بشهادتهم وهم الآن باقون عليها . وفي المدونة إن رجع أحد الأربعة قبل إقامة الحد حدوا كلهم وبعده حد الراجع فقط ، وإياها تبع ابن شاس ، وذكر ابن عرفة عن ابن رشد خلافاً في حد الراجع فقط قبل إقامة الحد أو الجميع اه .

(وإن رجع اثنان من ستة) شهدوا بالزنا على مكلف (فلا غرم ولا حد) على من رجع ولا على من بقي لتمام النصاب بالأربعة الباقين على شهادتهم ، هذا أحد قولي ابن القاسم ، وقوله الثاني يحد الراجعان وعلى الأول لا غرم ولا حد في كل حال (إلا أن يتبين) بعد الحد ورجوع الإثنين (إن أحد الأربعة) الباقين على شهادتهم (عبد فيحد) بضم الياء وفتح الحاء الاثنان (الراجعان) عن شهادتهما (والعبد) حد القذف لنقص

وَغرِمَا فَقَطْ رُبُعَ الدِّيَةِ ، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ ثَالِثٌ : حُدَّ هُوَ وَالسَّابِقَانِ ، وَغَرِمُوا رُبُعَ الدِّيَةِ ، وَرَابِعٌ فَنِصْفُهَا ، وَإِنْ رَجَعَ سَادِسٌ بَعْدَ فَقْءِ عَيْنِهِ ، وَخَامِسٌ بَعْدَ مُوضِحَتِهِ ، وَرَابِعٌ بَعْدَ مَوْتِهِ :

الباقين على شهادتهم عن النصاب (وغرما) أي الراجعان (ربع الدية) للمشهود عليه المرجوم ، لأن ما زاد على الثلاثة ولو كثروا بمنزلة الرابع المكمل للنصاب ، ولا يغرم العبد معهما ، لأنه لم يرجع عن شهادته ولا غرم ولا حد على الثلاثة الباقين على شهادتهم لأنه شهد معهم الإثنان الراجعان ، ورجوعم لغو بالنسبة لهم . طفي قوله لأنه لم يرجع الخ، أصله في الموازية ، وبحث فيه باقتضائه غرمه إذا رجع وليس كذلك ، لأن ماله لسيده وفيه نظر ، لأنه علل بالوصف المعتبر وهو عبوديته ، إذ هو المضر للشهادة فلا عبرة بالرجوع معه حصل أم لا ، فكأنه قال فلا عبرة برجوعه إن رجع ، وإن شهد ستة أحرار بالزنا على محصن ورجع اثنان منهم بعد رجمه فلا يغرمان ولا يحدان .

(ثم إن رجع ثالث) أي من الستة الأحرار الذين شهدوا بالزنا (حد) بضم الحاء (هو) أي الثالث (و) الشاهدان (السابقان) للثالث في الرجوع لعدم كمال النصاب بالثلاثة الباقين (وغرموا) أي الثلاثة الراجعون عن شهادتهم (ربع الدية) بالسوية لأنهم بمنزلة الرابع المكمل للنصاب ، وكذا إذا رجعوا مجتمعين (و) إن رجع (رابع) أي من الستة الأحرار أيضاً (فنصفها) أي الدية على الأربعة الذين رجعوا عن شهادتهم لبقاء نصف النصاب وهم الإثنان الباقيان على الشهادة ، فالأربعة الراجعون بمنزلة اثنين متمين للنصاب ، وإن رجع خامس فعلى الخمسة الراجعين ثلاثة أرباعها لبقاء ربعه ، وإن رجع سادس فعلى الستة جميعها أسداساً وسكت عن هذين لوضوحهما .

(وإن رجع سادس) من ستة أحرار شهدوا على محصن بالزنا وأمر الإمام برجمه وكان رجوعه (بعد عينه) أي المشهود عليه بالرجم (و) رجع (خامس بعد موضحته) أي المشهود عليه به (و) رجع (رابع بعد موته) أي المشهود عليه به (فعلى) الراجع

فَعَلَى الثَّانِي خُمُسُ الْمُوضِحَةِ مَعَ سُدُسِ الْعَيْنِ ، كَالْأَوَّلِ ، وَعَلَى الثَّالِثِ : رُبُعُ دِيَةِ النَّفْسِ فَقَطْ ،

(الثاني) أي الخامس خمس دية (الموضحة) لحصولها بشهادة خمسة هو أحدهم (مع سدس) دية (العين) لحصول فقئها بستة هو أحدهم ، وشبه في غرم سدس دية العين فقال (كـ) الراجع (الأول) أي السادس لذلك ولا شيء عليه من دية الموضحة لرجوعه قبل حصولها (وعلى) الراجع (الثالث ربع دية النفس فقط) لإتلافها بشهادة أربعة هو أحدهم ، ولا شيء عليه من ديتي العين والموضحة لاندراجهما في دية النفس .

ابن عرفة في الموازية ما حاصله إن رجع أحد ستة شهدوا بزنا رجل حده الرجم بعد فقء عينه به ، وثان بعد موضحته به ، وثالث بعد موته به ، فعلى الأول سدس دية عينه لفقئها بشهادته مع خمسة ، وكذا على الثاني مع خمس دية الموضحة لكونها بشهادته مع أربعة ، وعلى الثالث ربع دية النفس لموته بشهادته مع ثلاثة . وفي سقوط ما على الثاني عنه ولزومه إياه قولان . ابن عرفة على أن دخول دية فقء عين رجل ودية موضحته في دية قتله خطأ في الجميع باعتبار استلزام دية النفس دية ما دونها كلية في أجزائها أو كلا بها . ابن عبد السلام هذا الذي قاله محمد بناء على أن الشهود إذا رجعوا بعد الحكم وقبل استيفائه فلا يستوفي .

قلت هذا واضح بين من تعليل قدر ما وجب على كل منهم ، قال وأما إن قلنا إذا رجعوا حينئذ فيستوفي، ولا يمنع رجوعهم من استيفائه فيصير المرجوم كأنه أقيم عليه الحد بشهادة الستة جميعاً ، فيكونون كمن قتله بعد أن أوضحه وفقأ عينه فينبغي أن لا يكون على هؤلاء الثلاثة الذين رجعوا عن شهادتهم سوى ربع الدية فيكون عليهم بالسواء، ويسقط عنهم ما عداه . قلت قوله فيكونون كمن قتله بعد أن أوضحه وفقأ عينه وهم، بل يكونون كمن قتله قبل أن أوضحه وفقأ عينه لأن قتله على هذا التقدير بنفس شهادتهم ورجوعهم لغو فتأمله ، وأيضاً القول بإمضاء الحكم بشهادة من رجع بعده وقبل تنفيذه إنما ثبت حيث لا مستند للحكم إلا شهادة الراجعين ، ولا يلزم منه إسناده اليه حيث صح إسناده لمقيم على شهادته كهذه المسألة والله أعلم .

وَمُكِّنَ مُدَّعٍ رُجُوعاً مِنْ بَيِّنَةٍ : كَيَمِينٍ إنْ أَتَى بِلَطْخٍ ، وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُما عَنِ الرُّجُوعِ .

(و) إن شهدت بينة على شخص بحق عند حاكم وحكم عليه به فادعى أن البينة رجعت عن شهادتها عليه به وأنكرته البينة وأراد أن يقيم بينة على رجوعها (مكن) بضم فكسر مثقلاً شخص (مدع) بضم الميم وفتح الدال مشددة (رجوعاً) من البينة التي شهدت عليه عن شهادتها عليه وأنكرت البينة الرجوع الذي ادعاه عليها وصلة مكن (من) إقامة (بينة) على الرجوع الذي ادعاه ، فان أقامها وأعذر فيها للبينة وعجزت عن تجريحها غرمت له ما غرمه بشهادتها ، وسواء أتى المدعي بلطخ أم لا . وشبه في التمكين فقال (كيمين) من البينة على عدم رجوعها عن شهادتها عليه الذي ادعاه عليها فيمكن من طلبها منها (إن) كان (أتى) المشهود عليه (بلطخ) بفتح اللام وسكون الطاء المهملة ، أي قرينة تقوى دعواه رجوعها عنها كتحدث الناس برجوع البينة عن شهادتها وإقامته شاهداً به غير مقبول ، فان حلفت البينة على عدم رجوعها برئت وإن نكلت حلف المشهود عليه على رجوعها أو غرمها ما غرمه بشهادتها .

ابن المواز وابن سحنون إذا ادعى المقضي عليه أن الشاهدين عليه رجعا عن شهادتهما فأنكرا فإن لم يأت بلطخ فلا يمين له عليهما ، وإن أتى بلطخ حلفا وبرئا ، وإن نكلا حلف المدعي وأغرمهما ما أتلفاه له بشهادتهما ، وإن نكل فلا شيء له عليهما . ولو أقام عليهما شاهدين باقرارهما معا بعد الحكم بأنهما شهدا بزور فليغرما ما شهدا به ويغرما دية النفس في القصاص والرجم مع حد القذف ، ويغرما أرش الجراح ، ولا ينظر لرجوعهما بعد الإقرار .

(و) إن رجع الشاهدان عن شهادتهما ثم رجعا عن رجوعهما عنها فـ (لا يقبل) بضم التحتية وفتح الموحدة (رجوعهما) أي الشاهدين (عن الرجوع) لاتهامهما بالندم والتحيل على إسقاط ما يترتب على رجوعهما من الغرم والحد ونحوهما ، ولأنه كرجوع المقر بحق . ابن المواز ولا ينظر لرجوعهما بعد الإقرار . ابن عبد الحكم لو رجعا عن رجوعهما الموجب غرمهما فلا يقال ويقضى عليهما بما يقضى به على الراجع المتادي على رجوعه .

وإنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ بِكَذِبِهِمْ، وَحَكَمَ: فَالْقِصَاصُ وإنْ رَجَعَا عَنْ طَلَاقٍ: فَلَا غُرْمَ: كَعَفْوِ الْقِصَاصِ، إنْ دَخَلَ، وإلَّا فَنِصْفُهُ:

(وإن علم الحاكم بكذبهم) أي الشهود في شهادتهم عنده بقتل عمد وزنا محصن (وحكم) الحاكم بقتل المشهود عليه أو رجمه (فالقصاص) على الحاكم لا على الشهود الكاذبين في شهادتهم بالقتل سواء تعمدوا الكذب أو لا، لأن موته بحكم الحاكم لا بشهادتهم وإن علم الولي والحاكم كذبهم اقتص منهما، وسواء باشر الحاكم القتل أو أمر به ولا شيء على مأموره إن لم يعلم كذب الشهود ويعلم علم المذكورين بكذبهم بإقرارهم.

ابن عرفة المازري لو أن القاضي علم كذب الشهود فحكم بالجور وأراق هذا الدم كان حكمه حكم الشهود إذا لم يباشر القتل بنفسه وأمر به من تلزمه طاعته، ولو أن ولي الدم علم كذب الشهود في شهادتهم، وأن القاضي علم ذلك فقتل قاتل وليه اقتص منه بلا خلاف عند المالكية والشافعية، وقول أبي حنيفة «رض» لا يقتل كالشهود خيال فاسد اه. وتبعه ابن شاس وابن الحاجب.

(وإن رجعا) أي الشاهدان (عن) شهادتهما بـ (طلاق) بعد الحكم به (فلا غرم) عليهما إن كان دخل بها كما يأتي لأنهـا استحقت كل المهر بالدخول فلم يفتيا عليه إلا الاستمتاع بها ولا قيمة له، وشبه في عدم الغرم فقال (ك) رجوعهما عن شهادتهما على مستحق القصاص بـ (عفو) ه عن (القصاص) بعد حكم الحاكم بسقوطه فلا يغرم الشاهدان شيئاً، إذ لا قيمة للقصاص، ومحل عدم غرم الراجعين عن شهادتهما بالطلاق بعد الحكم به (إن) كان (دخل) الزوج (بها) أي الزوجة (وإلا) أي وإن لم يدخل بها (فنصفه) أي الصداق يغرمه الشاهدان الراجعان للزوج. ابن عرفة الشيخ عن كتابي ابن المواز وابن سحنون إن رجعا عن شهادتهما بطلاقه البتة والنكاح ثبت بغير شهادتهما، فإن كان بعد البناء فلا خلاف أنه لا شيء عليهما، وإن كان قبله فقال ابن القاسم يغرمان نصف المهر. أصبغ هذا استحسان والقياس لا شيء عليهما.

ابن المواز الصواب لا شيء عليهما، وقاله أشهب وعبد الملك وغيرهما ممن أرضى، وفيها إن رجعا بعد قضاء القاضي بشهادتهما بالطلاق قبل البناء فعليهما نصف الصداق. عياض كذا عندنا في الأصل بعض الشيوخ لم يبين لمن هذا النصف، فحمله أكثر الشيوخ على

إن غرمه للزوج ، وكذا جاء مفسراً في كتاب العشور من الأسمعة ، وحمله غير واحد على أنه للمرأة ليكمل لها صداقها الذي ابطلاه عليها بالفراق قبل الدخول ، وعليه اختصر المسألة القرويون قالوا هذا مقتضى النظر والقياس ، لأن غرمه للزوج لا وجه له ، إذ النصف عليه متى حصل الفراق قبل الدخول ولم ير أشهب وسحنون عليهما شيئاً من المهر .

وشبه في غرم النصف فقال (كرجوعهما) أي الشاهدين (عن) شهادتهما بـ (دخول) زوجة (مطلقة) أقر زوجها بطلاقها وأنكر دخوله بها فشهدا عليه به وحكم الحاكم عليه بغرم جميع المهر ثم رجعا عن شهادتهما فيغرمان للزوج نصفه عند ابن القاسم ، وإن رجع أحدهما غرم له ربعه . ابن عرفة قول ابن الحاجب ولو رجعا عن شهادة الدخول في مطلقة غرما نصف المهر هو نص الجلاب ، ولو شهدا على رجل في زوجة له أنه دخل بها فطلقها بعده وهو مقر بنكاحها وطلاقها ومنكر دخوله بها ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق الذي لزمه بشهادتهما .

(و) إن شهد اثنان بدخول واثنان بطلاق على من ثبت نكاحه وحكم عليه بجميع الصداق ثم رجع الأربعة عما شهدوا به (اختص) الشاهدان (الراجعان) عن شهادتهما (بدخول) عن الراجعين (عن) شهادتهما بـ (الطلاق) بغرم نصف المهر عند الأكثر لأن الصداق إنما تم بشهادة شاهدي الدخول . ابن عرفة المازري لو شهد شاهدان بطلاق من ثبت نكاحها بغير شهادتهما وآخران بأن الزوج دخل بها وأرخى الستر عليها ولم يعلم شاهدا الطلاق هل كان قبل البناء أو بعده ولم يعلم شاهدا الدخول بطلاقه ثم رجع الأربعة فلا غرم على شاهدي الطلاق على قول أشهب وعبد الملك وابن المواز . ابن سحنون هذا مذهب أصحابنا وأكثر الرواة خالف فيه وأسقط غرمهما لانهما إنما أتلفا منافع بضع ، وذلك لا يتقوم ، وما غرمه الزوج من نصف الصداق وجب عليه بعقد النكاح ، فلو رجع شاهدا الدخول غرما نصف الصداق ، لأن شاهدي الطلاق لو اقتصر على شهادتهما لم يلزم الزوج أكثر من نصف الصداق وغرامة النصف الزائد عليه إنما هي بشهادة من شهد بالبناء ، فإذا رجعا عن شهادتهما غرما هذا النصف بالسواء بينهما وإن رجع أحدهما

وَرَجَعَ شَاهِدَا الدُّخُولِ عَلَى الزَّوْجِ بِمَوْتِ الزَّوْجَةِ ؛ إِنْ أَنْكَرَ الطَّلَاقَ ،

غرم ربع الصداق وقرر أحمد أن شاهدي الدخول يغرمان للزوج جميع المهر وهو ظاهر كلام الشارح وتبعه الخرشي بناء على أنها لا تملك بالعقد شيئاً .

طفي ما ذكره المصنف من أن شاهدي الطلاق لا يغرمان شيئا من الصداق لا يأتي على قول ابن القاسم الذي درج عليه أولاً من أن شاهدي الطلاق قبل البناء عليهما نصف الصداق برجوعهما على انها لا تملك بالعقد شيئاً منه ، وإنما يأتي على قول اشهب وعبدالملك وابن المواز بناء على أنها ملكت بالعقد الجميع أو النصف ، ثم قال وبما ذكر تعلم التنافي في كلام المصنف والعذر له أنه درج على قول ابن القاسم أولاً في قوله وإلا فنصفه ، لأنه قوله في المدونة ، ودرج على قول أشهب ومن معه لما رأى أكثر الرواة عليه فلم تمكنه مخالفته على أن كلام ابن القاسم في المدونة فيه مجال للشيوخ ، ثم قال ولا يخفى أن التفريع على قول ابن القاسم يقتضي أن على شاهدي الطلاق نصف الصداق وعلى شاهدي الدخول نصفه ، وقول أحمد اختص الراجعان بدخول بغرم الصداق لا يأتي على قول ابن القاسم ولا على قول أشهب .

البناني لولا تفريع المازري ما هنا على قول أشهب ومن معه لقلنا لا تنافي بين كلامي المصنف ، لأن ما هنا بمنزلة رجوع عن طلاق مدخول بها لوجود شاهدي الدخول اهـ . أقول هذا هو التحقيق وتقدم أن الرجوع بعد الحكم لا يعتبر في حق غير الراجع ، وبالله تعالى التوفيق .

(و) إن شهد شاهدان على من ثبت نكاحه بطلاق زوجته وآخران بدخوله بها وحكم عليه بجميع المهر ثم رجع الأربعة عن شهادتهم وغرم الراجعان عن شهادة الدخول نصف المهر للزوج ثم ماتت الزوجة (رجع شاهدا الدخول على الزوج) بنصف الصداق الذي غرماه له برجوعهما (بـ) سبب (موت الزوجة إن أنكر) الزوج (الطلاق) أي استمر على إنكاره لاستلزامه وجوب جميع الصداق عليه بموتها ، فقد كشف الغيب أن شهادتهما لم تتلف عليه شيئاً من الصداق .

وَرَجَــعَ الزَّوْجُ عَلَيْهِما بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إرْثٍ ، دُونَ مَا غَرِمَ
وَرَجَعَتْ عَلَيْهِمـا بِمَا فَوَّتـاهُ مِنْ إرْثٍ وَصَدَاقٍ ، وإنْ كَانَ

(ورجع الزوج عليهما) أي شاهدي الطلاق الراجعين عن شهادتهما بـــه (ب) عوض (ما فوتاه) بفتح الفاء والواو مثقلا ، أي شاهدا الطلاق الزوج (من إرث) أي ما كان يرثه من نصف تركة الزوجة إن لم يكن لها فرع وارث أو ربعها إن كان بيـان لما (دون ماغرم) الزوج من صداقها فلا يرجع به لاعترافه بكمال الصداق عليه بموتها لإنكاره طلاقها.

ابن الحاجب إن شهد اثنان بالطلاق واثنان بالدخول فالأكثر لا غرامة على شاهــدي الطلاق ، ويرجع شاهدا الدخول على الزوج بموت الزوجة إذا كان منكراً طلاقهـــا ويرجع الزوج على شاهدي الطلاق بما فوتاه من الميراث دون ما غرم لها ، وترجع الزوجة عليهما بما فوتاها من الميراث والصداق . المازري ابن سحنون لو غرم شاهدا البنـــاء لرجوعهما ثم ماتت الزوجة رجعا على الزوج بما غرما له ، لأن إنكاره طلاقها والبناء بها يوجب أن موتها في عصمته قبل البناء ، وذلك موجب عليـه كل الصداق . ابن شاس إذا شهد شاهدان على أنه طلق زوجته قبل البناء فقضى عليه بنصف الصداق على قول ابن القاسم ثم مات الزوج فرجع الشاهدان عن شهادتهما فإنهما يغرمان للمرأة ما حرماها من ميراثه وما أسقطا من صداقها ، ولو ماتت هي لرجع الزوج عليهما بميراثه فقط لا بشيء مما غرم من الصداق ، وهـــذا الجواب إذا كان كل واحد من الزوجين منكراً الطلاق الذي شهدا به .

(و) إن مات الزوج والزوجة غير مدخول بها ومنكرة لطلاقها الذي شهدا بـــه ورجعا عن شهادتهما بـــه بعد الحكم (رجعت) الزوجة عليهما (ب) عوض (ما فوتاها من إرث) من زوجها وهو ربع تركته إن لم يكن له فرع وارث وثمنها إن كان له فرع وارث (و) بما فوتاها من نصف (صداق وإن كان) أي الرجوع عن الشهادة بتجريح أو تغليط شاهدين بطلاق أمة بأن كان رجل متزوجاً أمة غيره وادعى سيدها طلاقهـــا بائناً وأنكره زوجها فأقام سيدها شاهدين عليه فأقام الزوج شاهدين بتجريحهما أو غلطهما

عَنْ تَجْرِيحٍ أَوْ تَغْلِيطِ شَاهِدَيْ طَلَاقِ أَمَةٍ : غَرِمَا لِلسَّيِّدِ مَا نَقَصَ بِزَوْجِيَّتِهَا ،

فحكم الحاكم برد شهادة شاهدي الطلاق وبقاء الأمة على عصمة زوجها ثم رجع الشاهدان الأخيران (عن) شهادتهما بـ (تجريح أو تغليط شاهدي طلاق أمة) فإنهما (يغرمان) أي الشاهدان الراجعان عن التجريح أو التغليط (للسيد) لتلك الأمة (ما نقص) من قيمتها (بـ) سبب (زوجيتها) أي كونها زوجة .

البناني هذه المسألة لا تتصور إلا أن يكون القاضي حكم بالطلاق أولاً ثم نقضه ، فهما حكمان كما صور به « ز » تبعاً لـ تت ، وكذا هو عند ابن عرفة اهـ وفيه نظر ، فإن القاضي لا يحكم بالطلاق حتى يعذر للزوج في بينته ويعجز عن تجريحها ، وأيضاً ما المانع من تصويرها بالشهادة بالتجريح أو التغليط قبل الحكم بالطلاق ، ثم الرجوع عنها بعد الحكم ببقاء زوجيتها كما تقدم والله أعلم .

ابن مرزوق انظر كيفية الشهادة بغلط شاهدي الطلاق ولم يذكره ابن شاس كصاحب النوادر وتبع المصنف ابن الحاجب الشيخ أحمد بابا كيفيتها أن يشهدا أنهما سمعا شاهدي الطلاق يقران على أنفسهما بالغلط وماتا أو غابا ولم يسألا وتذكر هنا شهادتهما على القاضي أنه أراد أن يحكم بكذا فوهم ، وأشار بهذا إلى قول المصنف في باب القضاء أو غلط ببينة . قلت أو بان يشهد الشاهدان الأخيران بأنهما حضرا مجلس الطلاق وأنه طلق زوجة أخرى لا الأمة أو بأنهما سمعا كلام الزوج مع الأمة وليس فيه لفظ الطلاق ، وتعترف البينة الأولى بذلك، وانظر ما سبب تقييده بقوله وماتا أو غابا ولم يسألا ، وما المانع من تصويره بحياتهما وحضورهما منكرين الإقرار المشهود به أو معترفين به ، والله أعلم .

ابن عرفة من له أمة ذات زوج شهد شاهدان بطلاقها والسيد يدعيه فقضى له بطلاقها ثم شهد شاهدان على الشاهدين بإسقاط شهادتهما بأنهما زورا بشهادتهما أو كانا غائبين عن البلد الذي شهدا به فأثبت القاضي النكاح ونقض حكمه بالفراق ، ثم رجع الشاهدان الأ... ان فعليهما غرم ما بين قيمتها ذات زوج وقيمتها خالية منه .

وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ بِثَمَرَةٍ ، لَمْ تَطِبْ ، أَوْ آبِقٍ : فَالْقِيمَةُ حِينَئِذٍ عَلَى ٱلْأَحْسَنِ ،

(ولو كان) الرجوع عن شهادة على زوجة (بخلع) منها لزوجها (بثمرة لم تطب أو) برق (آبق) بعد حكم الحاكم بصحته لاغتفار الغرر فيه (فالقيمة) للثمرة التي لم تطب والآبق على غررهما يغرمها الشاهدان للزوجة (حينئذ) أي حين رجوعهما بلا تأخير عند عبد الملك وأكثر الرواة لأنها (كالإتلاف) للثمرة قبل طيبها الموجب لغرم المتلف قيمتها على غررها حينه . وقال محمد بن المواز لا ترجع الزوجة عليهما بشيء حتى تجذ الثمرة ويقبضها الزوج فيغرم الشاهدان قيمتها حينئذ للزوجة ، ولا يغرمان لها قيمة الآبق إلا بعد وجدانه وقبضه ووضح قوله فالقيمة حينئذ بقوله (بلا تأخير) لتقويم الثمرة والآبق (للحصول) أي طيب الثمرة وقبض الآبق (فيغرم) بالنصب في جواب النفي الشاهدان (القيمة حينئذ) أي حين الحصول كما قال محمد (على الأحسن) عند راشد شارح ابن الحاجب ، قال قول عبد الملك أقيس .

ابن الحاجب لو رجعا عن الخلع بثمرة لم يبد صلاحها ، فقال ابن الماجشون يغرمان قيمتها على الرجاء والخوف كمن أتلفها ، وفي الآبق يغرمان القيمة . وقال محمد يؤخر الجميع إلى الحصول فيغرمان ما يحصل ، والذي لابن يونس قال عبد الملك إن شهدا على أنه خالعها بثمرة لم يبد صلاحها ثم رجعا بعد الحكم وأقرا بالزور فليغرما لها قيمة الثمرة على الرجاء والخوف . ابن المواز بل يغرمان لها قيمتها يوم يأخذها الزوج ويقبضها ، وكذلك إن خالعها على عبد آبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه ثم رجعا فلا يلزمهما غرم إلا بعد خروج الجنين وقبضه ، وبعد وجدان العبد الآبق والبعير الشارد وقبضهما فيغرمان لها قيمة ذلك يومئذ إلى هذا رجع محمد ، ولعبد الملك قول تركته وعلى قول عبد الملك إن ظهر موت الآبق أو الشارد قبل الخلع ردت الزوجة القيمة للشاهدين وإن ظهر معيباً ردت لهما ما زادته قيمته سليما قاله ابن عبد السلام وابن عرفة . « غ » القيمة الأولى حين الرجوع وهي مثبتة ، والقيمة الثانية حين الحصول وهي منفية فلم يتواردا على

وإنْ كانَ بِعتقٍ غَرِمَا قِيمَتَهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَهَلْ إنْ كانَ لِأَجلٍ
يَغرَمَانِ ٱلقِيمَةَ وَٱلْمَنفَعَةُ إلَيْهِ لَهُمَا ، أوْ تُسقَطُ مِنهَا ٱلْمَنْفَعَةُ ،

موضع ولا على حكم فلا تكرار ولا إعادة ، وينبغي أن يقرأ فيغرم بالنصب جواباً للنفي وعطف المصدر المؤول على الصريح والأحسنية ذكرها ابن راشد القفصي فقال وقول عبد الملك أقيس ، وإنما يقع الغرم على الصفة التي عليها الخالع به يوم الخلع كالإتلاف، ولا اعتبار بقول ابن المواز أنه كان تالفاً يومئذ ، لأن هذا إنما يعتبر في البيع . وأمـــا في الاتلاف فلا ا هـ ، وقبله في التوضيح ، والله أعلم .

(وإن كان) الرجوع عن الشهادة (بعتق) لرقيق على سيده المنكر له بعد حكم الحاكم به (غرما) أي الشاهدان (قيمته) أي الرقيق يوم الحكم بعتقه لأنه يوم الإفاتة فيها إن رجعا بعد الحكم بالعتق الذي شهدا به ضمنا قيمة المعتق (وولاؤه) أي المعتق بالفتح (له) أي السيد لاعترافهما له بـــه . ابن عرفة الشيخ من كتاب ابن سحنون فان كان السيد مقيماً على الجحد فله قيمة العبد على الشاهدين وولاؤه له ، لأن من أعتق عبـــداً عن رجل فولاؤه للرجل . المـــازري لأن الشاهدين معترفان بأن الولاء لسيده لا لهما ، فإذا مات العتيق ولا وارث له من النسب ورثه سيده ، فإن كان المشهود بعتقه أمة وعلم سيدها بطلان الشهادة فله وطؤها ولو قبض قيمتها ، ولا يجوز للأمـــة التزوج إذا علمت بطلان الشهادة وإلا جاز .

(وهل إن كان) العتق الذي شهدا به ورجعا عنها بعد الحكم بـــه (لأجل) كسنة (يغرمان) أي الشاهدان (القيمة) لسيده (و) تكون (المنفعة) أي غـــلة الرقيق مستمرة (اليه) أي الأجل (لهمـــا) أي الشاهدين يستوفيان منها القيمة التي أدياها للسيد ، وما زاد من المنفعة عنها فهو للسيد ، وإن مات العبد في الأجل أو تم الأجل ولم توف منفعته بقيمته فلا يرجعان على السيد بشيء ، وهـــل يسلم العبد لهما حتى يستوفيا من غلته أو يبقى تحت سيده ويدفع لهما غلته كل يوم أو كل جمعة أو كل شهر مثلاً قولان .

(أو يسقط) بضم التحتية وفتح القاف (منها) أي القيمة (المنفعة) أي قيمتها

على غررها وتبقى المنفعة للسيد إلى الأجل (أو يخــير) بضم التحتية الأولى وفتح الثانية مثقلاً السيد (فيهما) أي إسلام العبد للشاهدين حتى يستوفيا القيمة منها وإسقاط قيمتها من قيمة الرقبــة ، في الجواب (أقوال) البناني جعل الأقوال ثلاثة وهي في الحقيقة أربعة :

الأول : لعبد الملك يغرمان القيمة والمنفعة للاجل لهما ، لكن يبقى تحت يد سيده ويعطيهما من تحت يده .

الثاني : لسحنون كالأول إلا أنه يسلم اليهما حتى يستوفيا ما غرماه ، ثم يرجع لسيده إلى الأجل وهذان القولان يحتملهما قوله والمنفعة لهما اليه .

والثالث : يغرمان القيمة بعد أن تسقط منها قيمة المنفعة على الرجاء والخوف، وهو قول عبد الله بن عبد الحكم كما في ابن عبد السلام وابن عرفة لا قول محمــد بن عبد الحكم كما في التوضيح . ولا قول عبد الملك كما في ابن الحاجب .

والرابع : لابن المواز يخير السيد بــين الوجهين الأولين . شب على قول سحنون إن استوفيا منها ما غرما وبقيت منها بقية رجعت للسيد وإن قتله سيده رجعا عليه ببقية المنفعة أو ببقية مالهما إن زادت قيمة باقي المنفعة عليها فان مات قبل وترك مالاً أو قتل وأخذ سيده قيمته ممن قتله فانهما يأخذان ما بقي لهما من ذلك .

«ق» من كتاب ابن سحنون إن شهد أنه أعتقه إلى سنين فقضى بــه ثم رجعا فعليهما لسيده قيمته حالة ، ويطلبان ذلك في خدمته فيؤجراه أو يستخدماه ، فإن قبضا ما أديا قبل الأجل رجع العبد يخدم سيده اليه ، وإن تم الأجل ولم يتم ما أديا فلا شيء لهما مما بقي . وقال ابن عبد الحكم يغرمان قيمته مسقطاً منها قيمة خدمته للاجل. ابن المواز إن قال سيده بعد ما أغرمهما قيمته لا أسلمه اليهما واستخدمه وادفع اليهما ما يحل علي من خدمته ، فذلك له فهو مخير بين إسلامه اليهما ليأخذا من خدمته ما أديا وبين حبسه ودفعه اليهما ما يحصل من خدمته إلى مبلغ ما أديا .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (بعتق تدبير) بعد الحكم به وإضافته للبيان

فَالقِيمَةُ ، وَٱسْتَوْفَيَا مِنْ خِدْمَتِهِ . فَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ فَعَلَيْهِمَا ، وَهُمَا أَوْلَى ، إِنْ رَدَّهُ دَيْنٌ ، أَوْ بَعْضَهُ : كَالْجِنَايَةِ . وَإِنْ كَانَ بِكِتَابَةٍ فَالْقِيمَةُ ، وَٱسْتَوْفَيَا مِنْ نُجُومِهِ ، وَإِنْ رُقَّ : فَمِنْ رَقَبَتِهِ ،

(فالقيمة) عليها حالة (واستوفيا) هـا (من خدمته) أي المدبر لمنعهما سيده من بيعه والتصرف فيه وباقي خدمته إن كان لسيده (فإن عتق) المدبر (بموت سيده) لحمله ثلثه قبل استيفائهما (فـ) قد فات (عليهما) أي الشاهدين ما بقي من قيمته (و) إن أبطل تدبيره دين على سيده فـ (هما) أي الشاهدان (أولى) أي أحق من أرباب الدين باستيفاء قيمته من رقبته (إن رده) أي المدبر إلى الرق (دين) على سيده كله (أو) رد الدين (بعضه) لبطلان التدبير في الكل أو البعض ورجوعه رقاً وقد أخذ سيده منهما قيمته وهي دين متعلق برقبة العبد (كـ) أرش (الجناية) من المدبر على حر أو عبد الذي بطل تدبيره كله أو بعضه بدين فمستحقه مقدم في رقبته على رب دين على السيد . ابن عرفة لو مات سيده وعليه دين يرقه بيع لهما أي الشاهدين قبل الدين ، كما لو جنى جناية والدين محيط به ، فإن أهل الجناية أولى برقبته ومثله قول ضيح ، فإن مات السيد وحمله ثلثه خرج حراً ، وإن رق منه شيء فهما ولى به ، وكذلك إن رده دين فهما أولى من صاحب الدين كأهل الجناية أفاده البناني ، قال وقوله أو بعضه يقتضي أن رقية بعضه تتوقف على الدين كرقية الكل وليس كذلك ، فإن السيد إذا مات ولم يترك مالاً سوى المدبر عتق منه ثلثه ورق ثلثاه .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (بكتابة) لرقيق بعد الحكم بها (فالقيمة) للمشهود بكتابته يغرمانها لسيده حالة (واستوفيا) ها ، أي الشاهدان القيمة (من نجومه) أي المكاتب وباقيها لسيده على المشهور (وإن رق) بضم الراء المكاتب لعجزه عن شيء من نجومها (فـ) تستوفي قيمته (من) ثمن (رقبته) وإن لم يف ثمنه بقيمته ضاع باقيها عليهما . سحنون إن شهد أنه كاتب عبده فقضى عليه بها ثم رجعا وأقرا بالزور فالحكم

وإنْ كانَ بإيلادٍ فَالْقيمَةُ ، وأَخذَا مِنْ أَرْشِ جنَايَةٍ عَلَيْها ، وفِيمَا اسْتَفَادَتْهُ : قَوْلاَنِ ،

ماض ، وليؤديا قيمتـــه ناجزة للسيد يوم الحكم ويتأدياها من الكتابة على النجوم ، فإن اقتضيا منها مثل ما أديا رجع السيد فأخذ باقى الكتابة منجمة ، فإن أداها عتق ، وإن عجز رق له ، وإن عجز قبل بعض الراجعين ما أديا بيع لتمام ما بقي لهما ، فان لم يكن فيه تمامه فلا شيء لهما غيره .

ابن المواز هذا قول عبد الملك وبه أقول ، وعليه أصحاب الإمام مالك «رض» . وقال ابن القاسم توقف قيمته بيد عـــدل والسيد في قول ابن القاسم مظلوم منع من التصرف في عبده دون ثمن وصل اليه ولا راحة للشاهدين في وقفهـا ، ولعلها تتلف فيغرمانها ثانية ، ولو استحسنت قول ابن القاسم لقلت كلما يقبض السيد من المكاتب شيئاً يدفع مثله للشاهدين من القيمة الموقوفة خلاف ظاهر جواب سحنون .

وقال بعض أصحابنا إذا رجعا بيعت الكتابة بعرض ، فان شاء السيد أخذه وإن شاء بيع العرض ، فان وفى ثمنه بالقيمة أو زاد فهو له ، وإن كان أقل تبعهما بتمام القيمة . قال عنه ابن ميسر فان أبى السيد بيع الكتابة فلا يغرم الشاهدان له شيئاً ، فالأقوال أربعة قول الأكثر وقول ابن القاسم وقول بعض أصحاب سحنون وقول ابن الماجشون وفي عد قول محمد لو استحسنت قول ابن القاسم الخ خامساً نظر .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (باستيلاد) من السيد لأمته بعد الحكم بـــه (فالقيمة) يغرمانها كامله على المشهور ناجزة ، ولا يحطف عنهما شيء منها لبقاء استمتاعه بها ويسير خدمتها خلافاً لابن عبد الحكم (وأخذا) أي الشاهدان بدل قيمتها (من أرش جناية عليها) أي الأمة إن اتفقت وباقيه إن كان للسيد (وفي) أخذها م (ما استفادته) الأمة بعمل أو هبة مثلاً وهو قول سحنون وعدمه ويختص السيد به وهو قول ابن المواز (قولان) لم يطلع المصنف على أرجحية أحدهما .

العدوي الراجح قول محمد ومن كتابه إن شهدا على رجل أنه أولد جاريته ، أو أنه

وإنْ كانَ بِعِتْقِها ؛ فَلاَ غُرْمَ ، أوْ بِعِتْقِ مُكَاتَبٍ ؛ فَالْكِتَابَةُ .

أقر أنها ولدت منه فحكم عليه به ثم رجعا فعليهما قيمتها له ولا شيء لهما وهي أم ولد له يطؤها له ويستمتع بها ولا يبقى فيها خدمة ، ولا يرجعان فيها بما غرما إلا أن تجرح أو تقتل ، ويؤخذ لذلك أرش فلهما الرجوع فيه بمقدار ما أديا والفضل لسيدها . محمد ولا يرجعان فيما تفيده من مال بعمل أو هبة أو غيرها وهو للسيد مع ما أخذه . وقال سحنون يرجعان في الأرش وفي كل ما أخذت .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (بعتقها) أي أم الولد بعد الحكم به (فلا غرم عليهما) أي الشاهدين ، إذ لم يفوتا عليه غير الاستمتاع ولا قيمة له ويسير الخدمة كذلك. محمد إن شهدا في أم ولد رجل أنه أعتقها فحكم به ثم رجعا فقال أشهب وعبد الملك لا شيء عليهما لأنه لم يبق له فيها غير وطئها ولا قيمة له كشهادتهما أنه طلق زوجته المدخول بها ثم رجعا عنها ، ثم قال وقال ابن القاسم على الشاهدين قيمتها لسيدها كقتلها، والقول الأول أقوى وأصح نقله ابن يونس . ابن عرفة إن رجعا عن شهادة بعتق أم ولد بعد الحكم به ففي غرمهما قيمتها وعدمه ثالثها قيمة مخففة .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (بعتق مكاتب) بعد الحكم به (فالكتابة) أي المال المكاتب به يغرمانها منجمة قاله ابن المواز عيناً كانت أو عرضاً لا قيمتها، وإن أوهمه قول ابن الحاجب غرما قيمة كتابته ، وإن كان أدى منها شيئاً قبل الحكم بعتقه غرما ما بقي منها . سحنون ان شهدا للمكاتب أن سيده قبض منه كتابته وأعتقه أو شهد أنه أسقط عنه كتابته وخرج حراً فقضى به ثم رجعا فليغرما لسيده ما أتلفا عليه مما كان على المكاتب كان عيناً أو عرضاً. ابن المواز يؤديانه على النجوم وقاله عبد الملك . الخرشي سكت المصنف عن رجوعهما عن شهادتهما بعتق مدبر أو بتنجيز عتق معتق لأجل، انظر الكبير للعدوي ، حاصله أنهما اذا رجعا عن شهادتهما بعتق المدبر بعد الحكم به فيرجع عليهما بقيمته على أنه مدبر لأنهما أتلفاه عليه، ولأنها لو كانت أمة لكان له وطؤها ويقضى بهما دينه بعد موته ولو رجعا عن شهادتهما بتنجيز عتق المعتق لأجل، فانهما يغرمان قيمة رقبته

وإنْ كَانَ بِبُنُوَّةٍ ، فَلاَ غُرْمَ ، إلاَّ بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ بِإِرْثٍ ، إلاَّ أنْ يَكُونَ عَبْداً ؛ فَقِيمَتُهُ أوَّلاً ، ثُمَّ إنْ مَاتَ وتَرَكَ آخَرَ ؛ فَالْقِيمَةُ لِلآخَرِ ، وَغَرِمَا لَهُ نِصْفَ الْبَاقِي ، وإنْ ظَهَرَ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ ؛ أَخَذَ مِنْ كُلٍّ النِّصْفُ ،

على أنه معتق لأجل ، ولو كان الى موت فلان غرما قيمته الى أقصى عمري العبد ، والذي اعتق الى موته .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (ببنوة) لشخص ادعاها وأنكرها أبوه فحكم عليه بها ثم رجعا عنها (فلا غرم) عليهما في الحال ، اذ لم يتلفا على الأب مالا (إلا بعد) موت الأب و (أخذا) لولد المشهود له له (لمال) الذي تركه الأب (بارث) عنه وللأب ورثة حجبهم الابن المشهود له كأخوة أو شاركهم كأولاد فيغرمان عوض ما أخذه الابن المشهود له من تركة أبيه ، فإن لم يكن للاب وارث غير الابن المشهود له فانهما يغرمان عوض جميع التركة لبيت المال ، واحترز بقوله بارث عما أخذه الابن بدين له على أبيه فلا يغرم الشاهدان عوضه و (إلا أن يكون) المشهود ببنوته (عبداً) المشهود عليه بالأبوة (فقيمته) أي العبد يغرمها الشاهدان (أولا) بفتح الواو مشدداً للمشهود عليه .

(ثم إن مات) المشهود عليه (وترك) ابناً (آخر) بمد الهمز وفتح الخاء ثابتاً نسبه (فالقيمة) التي أخذها المشهود عليه من الشاهدين (لـ) لابن ا (لآخر) الثابت نسبه لا يشاركه فيها المشهود له لأنه يقول لا حق للمشهود عليه فيها وأخذها من الشاهدين ظلم وتقسم التركة بين الابنين الثابت والمشهود له (وغرما) أي الشاهدان (له) أي الابن الثابت نسبه (نصف الباقي) من تركة المشهود عليه بعد إخراج القيمة منها .

(وإن ظهر دين مستغرق) للتركة على الأب المشهود عليه (أخذ) بضم فكسر (من كل) من الابنين الثابت والمشهود له (نصفه) الذي أخذ من تركة أبيهما ، وكذا إن ظهر

وَكُمِّلَ بِالْقِيمَةِ ، ورَجَعَا عَلَى ٱلْأَوَّلِ بِمَا غَرِمَهُ ٱلْعَبْدُ لِلْغَرِيمِ ،

دين غير مستغرق فيؤخذ من كل نصفه وخص المصنف المستغرق لقوله وكمل بالقيمة (و) إن لم يوف ما يؤخذ بها بالدين الذى ظهر على أبيها (كمل) بضم فكسر مثقلاً الدين (بالقيمة) التي اختص بها ثابت النسب ، وإن فضل منها شيء عن الدين اختص به أيضاً وأخرت في وفاء الدين للشك في استحقاقها الميت (ورجعا) أي الشاهدان (على الأول) أي الابن الثابت نسبه (بـ) عوض (ما غرمه العبد) المشهود ببنوته (للغريم) أي صاحب الدين الذي ظهر على الميت لأنهما إنما غرماه للثابت لا تلافه عليه بشهادتهما ، فلما ظهر الدين على المشهود عليه كشف إن تركته حق لصاحب الدين لا لابنه الثابت نسبه ، وأنهما لم يتلفا عليه ما أخذه المشهود له ثم أخذه منه الغريم . البساطي قال بما غرمه العبد الخ ، لأن الدين قد لا يستغرق التركة فلا يرجعان على الأول إلا بقدر ما يلزم الثاني للغريم .

الحط هذا ظاهر لكن المصنف فرض المسألة في دين مستغرق فلا يلائمه ما قاله ، وإنما يلايمه لو قال بما غرماه له ويظهر لي إن ساعده النقل أن الغريم قد لا يجد بيد العبد إلا بعض ما أخذه وهو معسر بالباقي ، فلا يرجع الشاهدان على الأول إلا بقدر ما غرمه العبد للغريم من كتاب ابن المواز وإن شهدا على رجل أنه أقر في عبده أنه ابنه فقضى بالحاق نسبه به وحريته ثم رجعا والسيد صحيح البدن ، فالحكم بالنسب ماض ، وعليهما للسيد قيمة العبد ، فإن مات الأب بعد ذلك وترك ولداً آخر مع المستلحق فليقسما تركته إلا قيمة المستلحق التي أخذها الأب من الشاهدين ، فإنها تعزل من التركة فتكون للابن الأول وحده ، لأن المستلحق يقول إن أباه ظلم الشهود فيها وإنه لا ميراث له فيها ، وينظر ما حصل للمستلحق من الميراث فيغرم الشاهدان مثله للابن الأول عوض ما أتلفاه عليه .

محمد إنما جعلنا القيمة كلها للابن الأول لأنا لو قسمناها بينهما لرجع الشاهدان على المستلحق بما أخذه منها فأخذاه منه لاعترافه أنه لا رجوع لأبيه عليهما لصحة نسبه ، فإذا أخذا ذلك منه قام عليهما الإبن الأول فأخذ ذلك منهما لأنه يقول لو بقي ذلك بيد المستلحق لوجب لي الرجوع بمثله عليكما ، إذ تغرمان لي كل ما أخذه من التركة لأنكما ألحقتماه بابي

وإنْ بِرِقّ لِحُرّ فَلاَ غُرْمَ ، إلَّا لِكُلّ مَا اُسْتُعْمِلَ ، وَمَالٍ انْتُزِعَ ، وَلَا يَأْخُذُهُ الْمَشْهُودُ لَهُ ، وَوُرِثَ عَنْهُ ، وَلَهُ عَطِيَّتُهُ لَا تَزَوُّجٌ ،

محمد ، فلو طرأ على الميت دين مائة دينار فليأخذ من كل واحد من الولدين نصفها ، فإن عجز ذلك أتم قضاء ذلك الدين من تلك القيمة التي انفرد بها الإبن الأول، ورجع الشاهدان على الإبن الثابت فأغرماه مثل الذي غرمه المستلحق للغريم . ابن يونس لأنهما كانا غرما له مثل ما أخذ المستلحق ، والذي أخذه المستلحق قد قضى به الإبن دين أبيه ولا ميراث للابن الثابت إلا ما فضل عن الدين ، وأيضاً فهو كما لو لم يأخذ المستلحق شيئاً ولم يكن يجب عليهما غرم مثل ذلك الثابت ، فلذا وجب لهما أن يرجعا به عليه .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (برق) أي رقية (ل) شخص (حر) في الواقع بعد الحكم بها (فلا غرم) عليهما حال رجوعهما لأنهما أتلف عليه الحرية ولا قيمة لها (إلا) أن عليهما الغرم (لكل ما) أي عمل (استعمل) بضم التاء وكسر الميم المشهود برقيته ، أي استعمله فيه المشهود له فيغرمان له أجرة مثله (و) يغرمان له أيضاً عوض كل (مال انتزع) بضم التاء وكسر الزاي ، أي انتزعه منه المشهود له (ولا يأخذه) أي ما غرمه الشاهدان للمشهود عليه (المشهود له) لأنه يقول إن المشهود عليه قد ظلم الشاهدين في أخذه منهما .

(و) إن مات المشهود عليه عن ورثة (ورث) بضم فكسر المال الذي غرمه الشاهدان للمشهود عليه (عنه) أي المشهود عليه ولا شيء للمشهود له منه (وله) أي المشهود عليه (عطيته) أي إعطاء ما أخذه من الشاهدين لشخص هبة أو صدقة وليس للمشهود له الحجر عليه فيه (لا تزوج) أي ليس للمشهود عليه أن يتزوج بدون إذن المشهود له ، لأنه عيب فيه تنقص به قيمته ، وإن تزوج بدون إذنه فله فسخه . ابن عبد الحكم إن شهدا على رجل أنه عبد فلان وهو يدعي الحرية فقضى برقه ثم رجعا فلا قيمة عليهما ، ويغرمان للعبد كلما استعمله سيده وخراج عمله وما انتزعه منه ، وليس لمن قضى له بملكه

وَإِنْ كَانَ بِمِائَةٍ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو ، ثُمَّ قَالاَ لِزَيْدٍ ، غَرِمَا خَمْسِينَ لِعَمْرٍو فَقَطْ .

أخذه منه ، لأنه عوض ما أخذه منه ولو مات العبد فلا يرث ذلك السيد ويوقف حتى يستحقه مستحق ثم يرثه بالحرية ، وإن أوصى منه العبد فما أوصى به في ثلثه ، وإن وهب منه أو تصدق جاز ، ويرث باقيه ورثته إن كان له من يرثه إن كان حراً ، وليس للعبد أن يتزوج منه ، لأنه ينقص قيمته اهـ

في التوضيح يتخرج على ما مر في الغصب أن من باع حراً وتعذر رجوعه فعليه ديته أن على الراجعين دية المشهود عليه . المسناوي هذا تخريج ضعيف لضعف القول عن الفصل ولانضمام دعوى المدعي للشهادة . ابن عبد السلام وابن عرفة لا تجب ديته عليهما لعدم استقلالهما بالتسبب في رقيته ، بل المدعى معهما .

(وإن كان) رجوعهما عن شهادتهما (بمائة) بكسر الميم فهمز من الدنانير مثلاً (لزيد وعمرو) على بكر (ثم قال) أي الشاهدان بعد الحكم بها لهما عليه المائة (لزيد وحده) أي حال كونه منفرداً بها عن عمرو (غرما) أي الشاهدان (خمسين) ديناراً مثلاً (للغريم) أي المشهود عليه وهو بكر في المثال (فقط) قيد في خمسين ، أي لا أزيد منها « غ » في بعض النسخ لعمرو مكان للغريم وهو تصحيف فظيع ، وأصلها في النوادر عن ابن عبد الحكم أنهما شهدا على رجل أنه أقر لفلان وفلان بمائة دينار ثم رجعا بعد القضاء بها لهما وقالا إنما نشهد لأحدهما وعيناه رجع المقضي عليه بالمائة بخمسين على الشاهدين ، ولا تقبل شهادتهما للآخر بكل المائة لجرحهما برجوعهما ولا يغرمان له شيئاً ، لأنه إن كان له حق فقد بقي على من هو عليه ، وليس قول من قال يغرمان له خمسين بشيء لأنهما إنما أخذا خمسين من المطلوب أعطياها لمن لا شيء له عليه ، ولو كان عبداً بعينه شهدا أنه أقر به لفلان وفلان ورجعا بعد القضاء به لهما وقالا إنما أقر به لفلان منهما فههنا يغرمان لمن أقرا له قيمة نصفه ، لأنهما أتلفاه عليه هذا إن أقر من كان العبد بيده أنه لمن شهدا له اخيراً ، وإن ادعاه لنفسه وانكر شهادتهما غرما نصف قيمته للمشهود عليه وليس للمقر له آخرا إلا نصفه .

وإنْ رَجَعَ أَحدُهما : غَرِمَ نِصْفَ الْحَقِّ كَرَجُلٍ مَعَ نِساءٍ ، وهُوَ مَعَهُنَّ في الرَّضاعِ : كاثنتَيْنِ ،

ابن عرفة يقوم منه أن ما في الذمة لا يتمين بحال ما دام في الذمة وأن التعرض له بغير الواجب لا يوجب فيه حكماً ، ونزلت في اوائل هذا القرن يعني الثامن مسألة وهي أن رجلا له دين على رجل فعدا السلطان على رب الدين فأخذ دينه من غريمه ثم تمكن رب الدين من طلب المدين بدينه فاحتج المدين بجبر السلطان على أخذه منه من حيث كونه لرب الدين ، فأفتى بعض الفقهاء ببراءة المدين وافتى غيره بعدم براءته محتجاً بأن ما في الذمة لا يتعين .

(وإن رجع أحدهما) أي الشاهدين بحق بعد القضاء به بشهادتهما (غرم) الراجع (نصف الحق) المشهود عليه عند ابن القاسم ومن وافقه وهو عام في جميع مسائل الرجوع ولعله نبه عليه لدفع توهم انه يغرم الكل لكون الرجوع عن كل جزء من المشهود به لأن كل واحد منهما شهد بكل جزء من الحق ، وشبه في غرم نصف الحق فقال (ك) رجوع (رجل) شهد (مع نساء) بحق ثم رجع بعد الحكم به فعلية النصف وعليهن النصف إن رجعن دونه وإن كثرن لإنهن كرجل واحد ، وهذا فيما تجوز فيه شهادتهن مع الرجال . سحنون لو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعليه نصف الحق وحده ولا تضم المرأة إلى رجل ، وإنما تضم إلى مثلها واثنتان منهن فأكثر عدل رجل ، فلو رجع الرجل والنسوة كلهن لزم الرجل نصف الحق والنسوة نصفه .

ابن عرفة ولابن سحنون عنه لو رجع رجل وثلاث نسوة عن شهادة بحق غرم الرجل نصفه والنسوة نصفه ، ولو رجع النسوة وهن عشر واحدة إلى ثمانية فلا غرم عليهن ، فلو رجع منهن تسع فعليهن ربع المال بينهن بالسواء ، قلت لأن التسع كامرأة من امرأتين ، وقد قال الشيخ عن ابن الماجشون ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجعت المرأتان فعلى كل واحدة ربعه ، وإن لم ترجع إلا واحدة فعليها الربع .

(وهو) أي الرجل الشاهد (معهن) أي النساء (في الرضاع كاثنتين) نحوه لابن

الحاجب تبعاً لابن شاس ، وتعقب بانه معهن فيه كامرأة . الخرشي والمذهب أن الرجل مع النساء كامرأة واحدة في الرضاع وما شابهه مما تقبل فيه امرأتان ، ثم قال وأما شهادة الرضاع ونحوه فهل هو فيه كأمرأة واحدة وهو المذهب الموافق لقوله في الرضاع يثبت برجل وامرأة وبامرأتين أو كامرأتين وهو ما عليه المصنف هنا تبعاً لابن شاس وابن الحاجب فإذا شهد رجل وعشر نسوة برضاع ورجع الرجل وحده أو مع ثمان نسوة فلا غرم عليهم لبقاء من يستقل بـه الحكم وهما امرأتان حيث فشى قولهما قبل العقد ، فإن رجعت امرأة من الباقيتين فنصف الغرامة على الرجل والتسع الراجعين ، وهل يجعل كامرأة أو كامرأتين فيه ما مر ، فإن رجعت المرأة الباقية فالغرم على الرجل وعليهن ، وهل يجعل الرجل كامرأة أو كامرأتين فيه ما مر أيضاً ، فتبين أن النساء تضم للرجل في الغرامة في شهادة الرضاع في الحالين .

ابن عرفة ابن الحاجب فإن كان مما يقبل فيه امرأتان كالرضاع وغيره ورجعوا ، فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف سدس . قلت أراد أن الشهود رجل وعشر نسوة ، كذا صورها ابن شاس ، وذكر فيها الحكم الذي ذكره ابن الحاجب . ابن هرون جعل على الرجل ضعف ما على المرأة وفيه نظر ، والقياس استواء الرجل والمرأة في الغرم في هذا الفصل ، لأن شهادة المرأة فيه كشهادة الرجل وقاله ابن عبد السلام ، ثم قال ولعل وجهه أن الشهادة لما آلت إلى المال حكم في الرجوع عنها بحكم الرجوع عن الشهادة بالمال .

قلت هذا التوجيه وهم ، لأن رجوع الرجل مع النسوة في الأموال يوجب عليه غرم نصف الحق لا ضعف ما يجب على امرأة حسبما تقدم، وعندي أنه يتوجه على غير المشهور من إضافة الغرم إلى عدد الشهود من حيث عددهم لا على أقل النصاب منهم ، وهو قول ابن عبد الحكم وأشهب في أربعة رجع ثلاثة منهم أن عليهم ثلاثة أرباع الحق ، خلاف المشهوران عليهم نصفه ، ثم تعقب توجيهه المذكور بقول ابن شاس وابن الحاجب لو رجعوا إلا امرأتين فلا غرم ، قال فهذا يقوي ما قلناه أن الرجل في هذا

وَعَنْ بَعْضِهِ : غَرِمَ نِصْفَ الْبَعْضِ ، وَإِنْ رَجَعَ مَنْ يَسْتَقِلُّ الْحُكْمُ بِعَدَمِهِ : فَلاَ غُرْمَ ،

الباب كالمرأة ، فلذا استقل الحكم بمرأتين ويرد بان بقاء المرأتين يثبت حكم الرضاع وكل ما ثبت فلا غرم ، فهذه الصورة التي نقض فيها علة الحكم مباينة لصورة النزاع فلا ترد نقضاً فتأمله ، ولم أعرف هذه المسألة لأحد من أهل المذهب ، ولقد أطال الشيخ والصقلي في هذا الباب ، فذكرا فيه مسائل كثيرة ، ولم يذكراها ، وإنما ذكرها الغزالي في وجيزه بلفظ ما ذكره ابن شاس ، فإضافه ابن شاس إلى المذهب على عادته في ذلك ظناً منه أنها جارية على أصل المذهب ، وعليه في هذا تعقب عام ، وهو إضافته ما يظنه جارياً على أصول المذهب إلى المذهب ، كأنه نص فيه وتعقب خاص، وهو حيث الاجراء غيرصحيح كهذه المسألة فتأمله منصفاً ، ولما ذكرها الغزالي قال تنزل كل امرأتين منزلة رجل لأنه يثبت بشهادة النسوة فلا يتوقف شطره على الرجل . قلت هذا التوجيه يتم لقوله في كتاب الرضاع والشهادة باربع نسوة وشهادة الرجل عندنا في الرضاع كامرأة قاله في نكاحها الثاني .

(و) إن رجع أحدهما (عن بعضه) أي الحق بعد الحكم بشهادتهما (غرم) الراجع (نصف البعض) الذي رجع عن الشهادة به ، فإن رجع عن النصف غرم الربع ، وعن الربع غرم الثمن ، وعن الثلث غرم السدس .

ابن عرفة الشيخ في الموازية إن رجع أحدهما عن شهادتهما بحق بعد الحكم غرم نصفه فقط وقاله عبد الملك وابن عبد الحكم وأصبغ . محمد لو رجع أحدهما عن نصف ما شهدا به غرم الربع ، وإن رجع عن الثلث غرم السدس ، ولو اختلف رجوعهما غرم كل واحد نصف ما رجع عنه .

(وإن رجع) عن الشهادة بعد الحكم بها (من يستقل) أي يحصل ويتم ويصح (الحكم بعدم) شهادته لزيادته عن النصاب في ذلك الباب (فلا غرم) على الراجع . ابن عرفة الصقلي عن ابن القاسم لو كانت البينة ثلاثة فرجع أحدهم بعد الحكم فلا شيء

فَإِذَا رَجَعَ غَيْرُهُ ، فَالْجَمِيعُ ، وَلِلْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ : مُطَالَبَتُهُمَا بِالدَّفْعِ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ وَلِلْمَقْضِيِّ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا تَعَذَّرَ مِنَ الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ ،

عليه لبقاء من يثبت الحق به ، فإن رجع ثان غرم هو والأول نصف الحق . وقال ابن عبد الحكم يغرم الراجع أولاً من الثلاثة ثلث الحق ، وذكر أن أشهب قاله في أربعة شهدوا بدرهم فرجع ثلاثة فعليهم ثلاثة أرباعه . محمد لو شهد ثلاثة بثلاثين فرجع أحدهم عن الجميع وآخر عن عشرين وآخر عن عشرة ، فقد بقيت عشرة اجتمع عليها رجلان واجتمعوا في الرجوع عن عشرة فهي عليهم أثلاثاً ، والعشرة الثالثة رجع عنها اثنان وأثبتها واحد ، فعلى الإثنين نصفها اثنان ونصف على كل واحد وهما الراجع عن الجميع والراجع عن عشرين .

(فإذا رجع) عن الشهادة (غيره) أي من يستقل الحكم بعدمه ممن لا يستقل الحكم بعدمه (فالجميع) أي الراجع أولاً الذي يستقل الحكم بدونه والراجع ثانياً الذي لا يستقل الحكم بعدمه يشتركون في الغرم بالسوية ، كأنهم رجعوا في وقت واحد ، فإن رجع اثنان من أربعة فلا غرم عليهما لبقاء النصاب ، فإن رجع ثالث غرم مع الإثنين النصف أثلاثاً على المشهور .

(و) إن شهدا على شخص بمال وقضى به عليه ثم رجعا عليه به فـ (لـ) لشخص (المقضى) بفتح الميم وسكون القاف وكسر الضاد المعجمة وشد الياء (عليه) به بالشهادة التي رجع شاهداها عنها بعد الحكم به وقبل غرمه للمقضي له (مطالبتهما) أي الراجعين (بالدفع لـ) لشخص (المقضي له) المال المحكوم به بشهادتهما التي رجعا عنها إذ من حجته أن يقول لهما إذا دفعته أنا رجعت عليكما بعوضه ، فقرار الغرامة عليكما فادفعاه أنتما من أول الأمر قصراً للمسافة وتقليلاً للعمل (وللمقضي له ذلك) أي مطالبة الشاهدين له الراجعين عن شهادتهما بعد الحكم بالدفع له (إذا تعذر) أخذه (من المقضي عليه) قاله ابن الحاجب ، وتبعه المصنف لقوله في توضيحه أنه مقتضى الفقه لأنهما غريمان لغريمه وغريم الغريم غريم ، ثم تعقبه بأنه خلاف ما في الموازية من أن الشاهدين لا يلزمهما الغرم للمشهود

عليه حق يغرم للمشهود له ، وتعقبه ابن عبد السلام أيضاً قائلاً لم أعلم من أين نقله إلا أنه يقال على هذا إذا كان الشاهدان في هذا الفرع لا يلزمهما الدفع إلا بعد غرم المقضي عليه ، فهذا مناقض لأصل المسألة أن للمقضي عليه مطالبتها بالدفع للمقضي له قبل غرمه .

ابن عرفة وقفه على غرمه إنما هو في غيبته لا مع حضوره ، لأنه في غيبتـه يمكن أن يكون لو حضر لأقر بالحق المشود عليه بـه ، وإذا حضر وطلب غرمهما انتفى هذا الإحتمال اهـ .

قلت جواب ابن عرفة هذا يحتاج لنقل يعتمد عليـه ، ولعل الظاهر في الجواب منع المناقضة بأن أصل المسألة الطلب بالدفع لا الدفع بالفعل المتوقف على دفع المقضي عليه كما يفهم من كلام الموازية الآتي ، لكن يعكر عليه قوله للمقضي له وابن عرفة أيضاً بأنـه وهم لأنه خلاف المنصوص . ابن عرفة الشيخ عن الموازية إن رجعا بعد الحكم بشهادتهما وهرب المقضي عليه قبل الغرم فليس المقضي له تغريم الراجعين بما يغرمانه للمقضي عليه إذا غرم ما شهدا به عليه ، ولكن ينفذ الحكم عليهما للمقضي عليه ، فإذا أغرم أغرمهما كما لو شهدا بالحق مؤجلاً ثم رجعا فلا يرجع عليهما حتى يحل المؤجل ، ويغرم ، وله طلب الحكم له عليهما الآن ولا يغرمان الآن .

ابن عبد الحكم للمقضي عليه طلب الشاهدين بدفع المال عنه للمقضي له . وقـال أصحاب الإمام أبي حنيفة رضي الله تعالى عنـه لا يحكم على الراجعين بشيء حتى يغرم المقضي عليه . وفي هذا تعرض لبيع داره وإتلاف ماله واللذان أوجبا ذلك عليه قائمـان أرأيت لو حبسه القاضي في ذلك أيترك محبوساً ولا يغرم الشاهدان ، بل يؤخذان بذلك حتى يخلصاه ، فإن أبيا حبسا معه ، ثم قال وقال ابن الحاجب وللمقضي عليه مطالبتهما قبل غرمه ليغرماه للمقضي له وللمقضي له ذلك إذا تعذر من المقضي عليـه . وقيل لا يلزمهما إلا بعد غرم المقضي عليه وضعفه ابن عبد الحكم . قلت قوله عن المذهب وللمقضي له ذلك وهم ، لأنه خلاف المنصوص ، ولو ذكره بعد ذكر المنصوص لأمكن كونـه قولاً انفرد بمعرفته ، وقوله وقيل لا يلزمهما إلا بعد غرم المقضي عليه الخ ، ظاهره أنـه في

المذهب وهو وهم وما نقله من تضعيفه . ابن عبد الحكم نقله الشيخ حسبما تقدم، والله أعلم .

(وإن) تعارض بينتان بأن شهدت كل منهما بما ينافي ما شهدت بـه الأخرى و (أمكن جمع بين البينتين) المتعارضتين (جمع) بضم فكسر بينهما وعمل بهما كالجمع بين الدليلين المتعارضين ، كدعوى شخص أنه أسلم لفلان هـذا الثوب في مائة أردب حنطة ، ودعوى فلان أنه أسلمه هذين الثوبين الآخرين في مائة أردب حنطة وأقام كل منهما بينة على دعواه فيجمع بينهما بالحكم على المسلم بالأثواب الثلاثة وعلى المسلم إليـه بالمائتين حملاً على أنه حصل بينهما سلمان حضرت كل بينة سلماً وشهدت به .

المتيطي من ادعى أنه أسلم هذا الثوب في مائة أردب حنطة وقال المسلم اليه بل ثوبين غيره في مائة أردب حنطة وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه كانت الثلاثة الأثواب في المائتين ، لأن كل بينة شهدت على غير ما شهدت عليه الأخرى . ابن عبدوس هذا إن كانا في مجلسين . وأما إن كانا في مجلس واحـد فهو تكاذب ، وقال بعض القرويين سواء كان ذلك في مجلس أو في مجلسين ، لأن كل بينة أثبتت حكماً غير مـا أثبتت صاحبتها ، ولا قول لمن نفى ما اثبته غيره ولو لم يقيما بينـة تحالفا وتفاسخا ، ومن أقام بينة على أنه أسلم هذا العبد في مائة أردب حنطة ، واقام البائع بينة على أنه أسلمه ذلك العبد وثوبا معه في مائة أردب حنطة ، فقال ابن القاسم أن العبد والثوب في المائة عملاً بقول البـائع ، لأن بينته شهدت بالأكثر اه ، والمسألتان معاً في المدونة .

ابن عرفة ولابن رشد في سماع يحيى إن شهدت إحدى البينتين ، بخلاف ما شهدت به الأخرى مثل أن تشهد إحداهما بعتق والثانية بطلاق، أو إحداهما بطلاق امرأة والثانية بطلاق امرأة أخرى وشبه هذا ، فلم يختلف قول ابن القاسم ورواية المصريين في أنـه تهاتر وتكاذب من البينتين يحكم فيه باعدل البينتين ، فإن تكافأتا سقطتـا ، وروى المدنيون أنه يقضى بهما معاً إذا استوتا في العدالة أو كانت إحداهما أعـدل ، ثم قال ابن عرفة وقول ابن الحاجب ومهما أمكن الجمع جمع يدل على أنه إن شهدت إحداهما بأنـه

طلق الكبرى والأخرى بأنه طلق الصغرى أنه يجمع بينهما ، وتقدم من نقل ابن رشد أنه خلاف قول ابن القاسم ورواية المصريين اه .

« ح » وفيه نظر من وجهين ، أحدهما : أنه لزمه ما ألزمه ابن الحاجب ، لأنه صدر في أول كلامه بمثل ما قال ابن الحاجب كما تقدم عنه . الثاني : أن ما فرضه هو وما نقله ابن رشد لا يمكن الجمع فيه ، لأن فرض المسألة أن البينتين في مجلس واحد ، وكل واحدة تكلمه بغير ما شهدت به الأخرى يتبين هذا بنقل المسألة بلفظها ، وهو قال ابن القاسم لو أن اربعة نفر شهد رجلان منهم على رجل أنه طلق امرأته وشهد الآخران أنه لم يتفوه في مجلسة ذلك بشيء من الطلاق ، وإنما حلف بعتق غلامه فلان لا أرى لهم شهادة أجمعين في طلاق ولا إعتاق ، لأن بعضهم أكذب بعضاً، هذا الذي سمعناه وإن اختلفوا فقال بعضهم نشهد أنه طلق امرأته فلانة ، وقال بعضهم لم يطلق امرأته فلانة حتى تفرقنا ، وإنما حلف بطلاق امرأته فلانة الأخرى ، أو قال بعضهم نشهد أنه اعتق عبده فلاناً وقال بعضهم ما أعتق الذي شهدتم له بالإعتاق ، وإنما أعتق فلاناً غلاماً له آخر ، فإن الشهادة تبطل ، وسقط قول الأولين والآخرين في الاعتاق والطلاق على هذا النحو ، لأن بعضهم أكذب بعضاً ، وشرحه ابن رشد بما تقدم نقله عنه في كلام ابن عرفة ، والله أعلم .البناني وبه تبين أن الجمع مقيد بكون شهادتهما في مجلسين ، وبه يسقط اعتراض ابن عرفة على عبارة ابن الحاجب التي هي كعبارة المصنف ، والله أعلم .

(وإلا) أي وإن لم يمكن الجمع بين البينتين المتعارضتين كشهادة إحداهما أنه أقر بمائة دينار لفلان يوم كذا ، وشهادة أخرى أنه مات قبل ذلك اليوم (رجح) ت بضم فكسر مثقلاً إحدى البينتين على الأخرى (بـ) بيان (سبب ملك) شهدت به لأحد الخصمين على الأخرى التي شهدت بالملك للخصم الآخر ، ولم تبين سببه فيحكم بشهادة الأولى وتلغى الثانية . ومثل للسبب بقوله (كنسج) لشقة تنازع فيها اثنان وأقام كل منهما بينة أنها ملكه ، وقالت إحدى البينتين أن من شهدت له نسجها في التوضيح اختلف في الشهادة بنسج الثوب هل هي كالشهادة بالنتاج فأجراها في المدونة مجرى النتاج .

وفي كتاب ابن سحنون أن بينة الملك مقدمة على بينة النسج ، ويقضى لمن شهد له بالنسج بقيمة عمله بعد أن يحلف أنه لم ينسجها مجاناً . المازري هذا إذا كان الناسج ينسج لنفسه ، وأما إن انتصب للناس فلا تنفعه الشهادة بالنسج ا هـ ، وكذا في ابن عرفة عن المازري قائلاً إنما الخلاف فيمن ينسج لنفسه ومن انتصب لنسج الناس بأجر أو للبيع فالبينة له بالنسج لغو ا هـ ، فقد ظهر لك من هذا أن البينة شهدت بالنسج فقط ولم تزد لنفسه ، وكلامهم هذا يدل لقولنا الراجح أن ذا السبب شهد به فقط .

(و) كـ (نتاج) أي ولادة لحيوان متنازع فيه شهدت بينة أنه ملك لفلان ولد عنده والأخرى أنه ملك لفلان الآخر،ولم تزد على هذا فترجح الأولى ويقضى بها وتلغى الثانية (إلا) شهادة الثانية (بملك) لمن شهدت له (من المقاسم) بفتح الميم ، أي الغنائم بأخذها في سهمه أو شرائها ممن أخذها في سهمه أو من الإمام فيعمل بشهادتها وتلغى الأولى ، لأن الثانية ناقلة ، والأولى مستصحبة ، فيحمل على أنه ولد عند الأول وغار عليه العدو ثم غنم منه ، لقول المدونة لو أن أمة تنازع فيها اثنان وليست بيد أحدهما ، فأتى احدهما ببينة أنها ولدت عنده لا يعلمونها خرجت عن ملكه بناقل شرعي ، وأقام الآخر بينة أنهـا له لا يعلمونها خرجت من ملكه حتى سرقت فترجح الأولى ببيانها سبب الملك ، ويقضى لصاحب الولادة .

ابن القاسم هذا إذا لم تشهد لبينة الأخرى أنه اشتراها من المقاسم ، فإن شهدت بذلك فصاحب المقاسم أحق إلا ان يدفع صاحب الولادة الثمن الذي اشتراها به . وفيهـا ابن القاسم في دابة ادعاها رجلان وليست بيد احدهما فأقام احدهما البينة أنها نتجت عنده ، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من المقاسم فهي لمن اشتراها من المقاسم ، بخلاف من اشتراها من سوق المسلمين ، لأنها تغصب وتسرق ولا تحاز على الناتج إلا بامر يثبت وامر المغنم قد استوقن أنها خرجت عن ملكه بحيازة المشركين ولو وجدت في يد من نتجت عنده وأقام هذا بينة أنه اشتراها من المغانم أخذهـا منه أيضاً ، وكان أولى بها إلا أن يشاء أن يدفع اليه ما اشتراها به ويأخذها ، وقاله سحنون .

« غ » قوله والأرجح بسبب ملك كنسج ونتاج ، أي إذا ذكرت إحدى البينتين مع الملك سببه من نسج ثوب ونتاج حيوان ونحوهما ، كنسخ كتاب واصطياد وحش ، ولم تذكر الأخرى سوى مجرد الملك ، فترجح ذاكرة السبب على التي لم تذكره ، وبنحو هذا فسر ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب . وفي التوضيح كما إذا شهدت إحداهما أنه صاده أو نتج عنده وشهدت الأخرى بالملك المطلق ، وفي شهاداتها ولو أن أمة تنازع فيها اثنان وليست بيد احدهما فأتى احدهما ببينة أنها له لا يعلمونها خرجت عن ملكه بشيء واقام الآخر بينة أنها له ولدت عنده لا يعلمونها خرجت عن ملكه حتى سرقت قضى بها لصاحب الولادة .

وقال اللخمي قال أشهب فيمن أقام بينة في أمة بيد رجل انها ولدت عنده لا يقضى له بها حتى يقولوا إنه كان يملكها لا نعلم لغيره فيها حقاً ، إذ قد يولد في يده ما هو لغيره ، وقال ابن القاسم إنها لمن ولدت عنده وهو أصوب ، وتحمل على إنها كانت له حتى يثبت إنها وديعة أو غصب اهـ . ومثله في التوضيح عن التونسي . طفي قرره الشارح بما في التوضيح من شهادة ذات السبب به فقط . وفيها خلاف ، والمعتمد ما عليه الشارح تبعاً للتوضيح وذكر نص اللخمي المتقدم وقال عقبه نقله ابن عرفة وأقره ، ولما نقل في توضيحه قول أشهب . هذا قال وخالفه التونسي اهـ . وضعف قول أشهب غير واحد ، فظهر لك أن المعتمد ما عليه الشارح وهو مراد المصنف وإلا لقال ورجح بسبب ملك معه ، وما أدري ما الحامل لابن غازي على مخالفة الشارح مع نقله كلام اللخمي ومخالفة التونسي ، ولا مستند له إلا تفسير ابن عبد السلام ، وقد علمت ضعفه من ضعف ما انبنى عليه .

وإن وافق أحد التأويلين ففي تنبيهات عياض اختلف في تأويل مذهبه في الكتاب في إعمال الشهادة على الحيازة وعلى النسج وعلى النتاج وشبهها وإيجابها الملك هل معناه أن مجرد الشهادة بها يوجب الملك أو حتى يزيدوا انها ملكه أو يحوزها حيازة الملك . فذهب بعضهم إلى أنه لا بد من هذا وأنه مراده ومن لم يقل ذلك لم تتم شهادته ولا عارضت بشهادة من شهد بالملك ، وعليه تأولها ابن محرز ، وهو مذهب سحنون ، وقال بعضهم لم يقل هذا

ابن القاسم والشهادة بالولادة أو النسج مغنية عن ذكر الملك وقائمة مقامه عنده . البناني ما ذكره طفي غير صحيح ، والصواب ما قال لغ ، ولا دليل له في كلام اللخمي على انه يفيد الخلاف في بينة السبب بمجردها تفيد الملك ، فتقدم على الحوز ، وهو قول ابن القاسم أولا تفيده فلا ينزع بها من يد الحائز وهو قول أشهب ، وليس في ذلك مـــا يدل على أن بينة السبب تقدم على بينة الملك كما ادعاه طفى تبعاً للشارح والتوضيح ، ولعل هذا هو الحامل لابن غازى على تقريره ، والله اعلم .

(أو) بيان (تاريخ) لملك أحد المتنازعين من إحدى البينتين المتعارضتين دون الأخرى فترجح المؤرخة ويحكم بالمتنازع فيه لمن شهدت له ، وتلغى التي لم تؤرخ . ابن شاس إن كانت إحدى البينتين مطلقة والأخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقـــة . وحكى اللخمي في هذا خلافاً . ابن الحاجب وفي مجرد التاريخ قولان . التوضيح القول بتقـــديم المؤرخة لأشهب إلا أن يكون في شهادة التي لم تؤرخ أن الحاكم قضى بالعبد لمن شهدت له ، والقول بنفي التقديم ذكره اللخمي والمازرى ولم يعزواه .

(أو تقدمه) بفتح التاء والقاف وضم الدال مشددة أى التاريخ لما شهدت إحدى البينتين به على تاريخ ما شهد به الأخرى بان قالت إحداهما نشهد أنه ملك زيد من سنة خمسين ولم نعلم خروجه عنه إلى الآن ، وشهدت الأخري على أنه ملك عمرو من سنة ستين وأنهم لا يعلمون خروجه عن ملكه إلى الآن ، فيعمل بشهادة الأولى ويحكم به لزيد ، وتلغى شهادة الثانية فيها أقضى ببينة أبعد التاريخ إن عدلت وإن كانت الأخرى أعدل ، ولا ابالي بيد من كانت الأمة منهما إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لهـا بمحضر الآخر فقد أبطل دعواه اللخمي إن ورختا قضى بالأقدم ، وإن كانت الأخرى أعـــدل وسواء كان تحت يد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليه .

ابن عرفة الشيخ عن ابن عبد الحكم إن ورخت بينتا المتداعيين قضى بابعدهما تاريخاً . البناني لا يقال كان الأولى تقديم حديثه التاريخ لأنها ناقلة لانا نقول شرط الترجيح بالنقل

تبين سببه كاشترائه منه أو من مورثه أو المقاسم ، وهنا إنما شهدتا بالملك غير أن إحداهما قالت ملكه منذ عامين والأخرى قالت ملكه منذ عام والاصل الاستصحاب .

(و) رجح (بزيادة عدالة) في إحدى البينتين المتعارضتين الشاهدتين بمال أو ما يؤول اليه مما يثبت بشاهد ويمين دون غيرهما مما لا يثبت إلا بعدلين كعتق ونكاح وطلاق وموجب حد ، فلا يرجح في شيء منها بزيادة العدالة لأنها بمنزلة شاهد واحد على المشهور وهو مذهب المدونة كما يفيده قول ابن عرفة. الصقلي بعض القرويين إختلف إذا كانت إحدى البينتين أعدل ، فهل يحلف صاحب الأعدل ، ففي المدونة يحلف اهـ . وأما على أنهما كشاهدين فيرجح بها في كل شيء ، وهذا هو الموافق لما تقدم عن سماع يحيى عند قوله وإن أمكن جمع بين البينتين جمع على أن هذا ليس خاصاً بزيادة العدالة بل سائر المرجحات ، كذلك لا يرجح بها إلا في الأموال ونحوها كما يفيده كلام القرافي ، ونقله ابن فرحون ، قال حكى القرافي أن مذهب المالكية أنه لا يحكم بترجيح إحدى البينتين عند تعارضهما إلا في الأموال خاصة (لا) ترجح احدى البينتين بزيادة (عدد) على المشهور ، إذ المقصود من الترجيح قطع النزاع ومزيد العدالة أقوى في قطعه من زيادة العدد ، إذ كل من الخصمين تمكنه زيادة العدد في الشهود ، بخلاف زيادة العدالة قاله القرافي .

ابن عرفة فيها من كانت بيده دور أو عبيد أو عروض أو دراهم أو دنانير أو غيرها فادعاها رجل وأقام بينة وأقام من ذلك بيده بينة فيقضي باعدل البينتين وإن تكافأتا سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه ويحلف ، عياض ثبت قوله ويحلف عند ابن وضاح وسقط عند غيره ، وفي الموازية لا يمين عليه ، ثم قال ابن عرفة وفي لغو الترجيح بالكثرة واعتباره قولها ورواية ابن حبيب ، وفيها لابن القاسم «رح » لو شهد لهذا شاهدان ولهذا مائة وتكافؤوا في العدالة فلا يرجح بالكثرة .

اللخمي والمازري محمله على المغاياة ولو كثروا حتى حصل العلم بصدقهم لقضى بهم ، ووجه القرافي المشهور بان المقصود من القضاء قطع النزاع ومزيد في العدالة أشهد في التعذر

من مزيد العدد ، لأن كلا من الخصمين يمكنه زيادة العدد في الشهود ، ولا يمكنه مزيد العدالة ، وتعقبه ابن عبد السلام بقوله زيادة العدد إنما هي معتبرة بقيد العدالة ، ولا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد سهلة ، وتقرر في علم الأصول أن الوصف متى كان أدخل تحت الانضباط وأبعد عن النقض والعكس كان أرجح ، وزيادة العدد منضبط محسوس لا يتخلف ، والعدالة مركبة من قيود فضبط زيادتها متعذر أو متعسر ، فلا ينبغي أن تعتبر في الترجيح .

قلت رده أولاً بقوله لا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد سهلة، يرد بان القرافي لم يتمسك بانها سهلة ، بل بانها ممكنة غير ممتنعة ، وكونها ليست سهلة لا يمنع إمكانها عادة ، وقوله ضبط زيادة العدالة متعذر أو متعسر يرد بمنع ذلك ، فإنا نعلم ضرورة في شهود شيوخنا وأمثالنا من هو أعدل من غيره منهم ، ووجهه المازري بان الشارع لما قيد شهادة الزنا باربعة والطلاق باثنين وقبل في المال الواحد مع اليمين دل على أن لا أثر للعدد . قلت الأظهرفي الترجيح بالأعدليه دون الكثرة أن مابه الترجيح في الأعدلية هو وصف حاصل فيما وجب الحكم به ، وهما الشاهدان اللذان يجب الإعذار فيهما للمشهود عليه والكثرة وصف خارج عما وجب الحكم به .

(و) رجح (بشاهدين) لأحد الخصمين (على شاهد) للآخر معارض لهما ولو أعدل أهل زمانه (ويمين) منه مع شاهده (أو) على (شاهد وامرأتين) للآخر معارضين للشاهدين ، لقوله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فجعل مرتبتهم عند عدم الشاهدين ما لم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل من الشاهدين والأقدم على الشاهدين هو والمرأتان ، هذا أحد قولي ابن القاسم والمفه عليه أشهب رحمهما الله تعالى. ابن فرحون يقدم الشاهدان على الشاهد والمرأتين إذا استووا في العدالة قاله أشهب ، وقال ابن القاسم لا يقدمان ثم رجع إلى قول أشهب وكلام ابن الحاجب يقتضي أن ابن القاسم قال أولاً بتقديمهما ، ثم رجع عنه إلى عدمه في التوضيح ، والأظهر الترجيح ، ويقدم شاهد

وبِيَدٍ، إنْ لَمْ تُرَجَّحْ بَيِّنَةُ مُقَابِلِهِ، فَيَحْلِفُ، وبِالْمِلْكِ عَلَى الْحَوْزِ، وبِنَقْلٍ عَلَى مُسْتَصْحِبَةٍ،

وامرأتان على شاهد ويمين ولو أعدل أهل زمانه للعمل بالشاهد والمرأتين بالإجماع ، وفي العمل بشاهد ويمين خلاف .

(و) رجح (ب)وضع (يد) من أحد الخصمين على المتنازع فيه (إن لم ترجح) بضم الفوقية وفتح الراء والجيم (بينة مقابله) بضم الميم وكسر الموحدة ، أي خصمه فإن رجحت بتاريخ أو تقدمه أو زيادة عدالة عمل بها ولم يعمل بوضع اليد (فيحلف) واضع اليد الذي لم ترجح بينة مقابله . « غ » رجوع الحلف للمنطوق أبين من رجوعه للمفهوم وإن رجحه البساطي ، وتبعه تت للمفهوم فقال فيحلف ذو البينة الراجحة وهو المشهور (و) رجحت البينة الشاهدة (بالملك) أي استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلاً أو حكماً لا بنيابة ، فيدخل ملك الصبي ونحوه لاستحقاقه ذلك حكماً ، ويخرج تصرف الوصي والوكيل وذي الأمرة قاله ابن عرفة (على) البينة الشاهدة ب(الحوز) لأن الملك أخص من الحوز وأقوى منه ولو كانت بينة الحوز مؤرخة أو متقدمته ، ولعدم معارضة بينة الحوز بينة الملك إذ لا يلزم من الحوز الملك .

(و) رجح (بنقل) فترجح البينة الناقلة كالشاهدة بالشراء من الخصم أو من مورثه أو من المقاسم (على) بينة (مستصحبة) بكسر الحاء المهملة كالشاهدة بالبناء أو الاصطياد أو النتج أو النسج أو الإحياء أو الإرث . البناني بقي من المرجحات الأصالة فتقدم على الفرعية ، فإذا شهدت إحدى البينتين أنه أوصى وهو صحيح العقل ، والأخرى أنه أوصى وهو مشوش العقل ، فقال ابن القاسم في العتبية تقدم بينة الصحة لأنها الأصل ، والغالب في الفائق ومثلها بينتا الطوع والإكراه والصحة والفساد والرشد والسفه والعسر واليسر والعدالة والجرحة والحرية والرقية والكفاءة وعدمها والبلوغ وعدمه اه ، قوله ومثلها ، أي مسألة الترجيح لا بقيد الأصالة قوله بينتا الطوع والإكراه ، أي فتقدم بينة الإكراه على بينة الطوع ، وكذا كل صوره لأن من أثبت فقد زاد كما صححه ابن رشد وابن الحاج ، ونقله في المعيار ،

وَصِحَّةُ ٱلمِلْكِ بِالتَّصَرُّفِ ، وَعَدَمِ مُنَازِعٍ ، وَحَوْزٍ طَالَ : كَعَشَرَةِ أَشْهُرٍ ،

وقوله والرشد والسفه ، أي فتقدم بينة السفه كما نقله في المعيار عن ابن لب ، وكذا مراده تقديم بينة اليسر ، لأنه الأصل ، وكذا المجرحة ، والله أعلم .

(وصحة) الشهادة بـ (الملك) أي استحقاق التصرف في الشيء بكل ما يجوز شرعاً فعلاً أو قوة أصالة ، فيدخل ملك المحجور ، ويخرج استحقاق الوكيل والوصي والحاكم (بـ)معاينة (التصرف) في الشيء المشهود بملكه من المشهود له به تصرف المالك في ملكه (وعدم منازع) له فيه (و) بمعاينة (حوز) أي استيلاء من المشهود له على المشهود به مع التصرف المذكور (طال) زمانه (كعشرة أشهر) أبو الحسن وأما الشاهد بمعرفة الملك فإن عرف خمسة أشياء جاز له الشهادة به وإلا فلا ، فإن كان الشاهد يعرفها قبل منه إطلاق معرفة الملك وقليل ما هم وإلا فلا حتى يفسر الأشياء الخمسة أن يعرف الشاهد كون يد المدعي الملك على ما يدعي وكونه يتصرف تصرف المالك ونسبته لنفسه، وكونه لا ينازعه فيه منازع وطول مدة ذلك عاماً فأكثر .

وفي المدونة ما يقوم منه أن عشرة أشهر طول هذا الذي يشترط في الشهادة بالملك لا غير ، المازري لا يبيح للشاهد أن يشهد بالملك بمجرد مشاهدته شخصاً ابتاع سلعة من آخر ، لأنه قد يبيعها غاصب أو مودع أو مستعير أو مكتر أو من لا يجوز له البيع ، وإنما يستدل على الملك بالحوز ووضع اليد والتصرف تصرف المالك مع دعوى الملك وإضافته لنفسه وطول الزمن ، ولا يظهر من ينازعه في ذلك ، فإن شهد بان هذه الدار لفلان ، فإن عول على معرفة هذه الأمور قبلت شهادته ، وإن أطلق ولم يضفها إلى هذه الأمور فلا تقبل إلا إذا كان عارفاً إلى هذا ، أشار سحنون وغيره من أصحابنا اهـ ، ونقله ابن هلال وأبو الحسن في شرح المدونة .

ابن عرفة فى لغو شهادة الشاهد فى دار أنها ملك لفلان حتى يقول ومال من أمواله وقبولها مطلقاً . ثالثها إن كان الشهود لهم نباهة ويقظة لابن سلمون عن ابن مالك قائلا

وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ ، وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى الْكَمَالِ فِي الْأَخِيرِ ،

شاهدت القضاء به ، والثاني لابن مطرف ، والثالث لابن عات ابن عرفة الشهادة بالملك أن تكون الحيازة وهو يفعل ما يفعل المالك ، ولا منازع لـه ، سواء حضروا ابتداء دخولها في يده أم لا ، وإن لم تطل الحيازة فلا تفيد الملك إلا أن يشهدوا أنه غنمها من دار الحرب وشبهه . الحط أي شرط صحة الشهادة بالملك أن تكون لكونه رأى المشهود له يتصرف في الشيء المشهود به تصرف الملاك في أملاكهم من غير منازع .

(و) بذكرهم في أداء شهادتهم (أنه) أي المشهود بملكه (لم يخرج عن ملكه) أي المشهود له بوجه شرعي كبيع وتبرع (في علمهم) أي الشهود . ابن عرفة الصقلي عنها الإمام مالك «رض» من ادعى عيناً قائمة من رقيق أو طعام أو عرض أو ناض أو غير ذلك وأتى ببينة على ملكه ، فمن تمام شهادتهم أن يقولوا وما علمناه باعه ولا وهبه ولا خرج عن ملكه ونحوه لأبي سعيد ، والذي في المدونة سمعت مالكاً «رض» غير مرة يقول في الذي يدعي العبد أو الثوب ، ويقيم بينة أنه شيئه لم يعلمه باعه ولا وهبه ، وإذا شهدوا بهذا ما استوجب ما ادعاه .

(وتؤولت) بضم الفوقية والهمز وكسر الواو مثقلة، أي فهمت المدونة (على الكمال في الأخير) أي ذكر الشهود أنها لم تخرج عن ملكه في علمهم سمع ابن القاسم في كتاب الاستحقاق إذا شهدوا بالسرقة قال يشهدون أنهم ما علموه باع ولا وهب على العلم . ابن رشد معناه يزيدون ذلك في شهادتهم على معرفة الملك بالبت ، وهـذه الزيادة هي كمال الشهادة ، وينبغي للقاضي أن يسأل الشاهد عن ذلك ، فإن لم يزده في شهادته بطلت ولا يحكم بها وإن لم يسأله القاضي حتى مات الشهود أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب، إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك إلا مع غلبة الظن أنه ما باع ولا وهب فهي محمولة على الصحة ، ثم قال ابن عرفة ظاهر قول الصقلي وابن رشد أن زيادة البينة أنهم لا يعلمون أنه باع الخ إنما هو كمال في الشهادة لا شرط ، وهو نص قولها في العارية ،

وكان ابن هرون وابن عبد السلام من شيوخنا يحملون المدونة على قولين في كونها شرط إجزاء أو كمال ، لقولها في الشهادات والعارية وهو ظاهر نقل ابن عات في الطرر عن ابن سهل ، والأظهر عدم حملها على الخلاف، وأن ما في العارية تفسير تت، ظاهر كلام المصنف سواء كان المشهود له ميتاً أوْ حياً ، وحملها بعضهم على أنه شرط صحة في وثيقة الميت دون الحي بأن طلب الورثة عن مورثهم فلا بد من الزيادة وإلا بطلت شهادتهم وإن لم يقولوا ذلك في ملك الحي تمت شهادتهم . ابن العطار وهو الذي به العمل . طفي البعض هو أبو الحسن .

وعطف على بالتصرف فقال (لا بالاشتراء) سحنون من حضر رجلاً اشترى سلعة من السوق فلا يشهد أنها ملكه ، فإن ادعاها آخر وأقام بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك وقد يبيعها من لم يملكها . وفيها لابن القاسم في دابة ادعاها رجلان وليست بيد أحدهما فأقام أحدهما البينة أنها نتجت عنده ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من المقاسم فهي لمن اشتراها من المقاسم ، بخلاف من اشتراها من سوق المسلمين، لأن هذه تغصب وتسرق ولا تحاز على الناتج إلا بأمر يثبت اهـ . «غ» قوله لا بالاشتراء الظاهر أنه معطوف على بالتصرف، وكأنه قال وصحة الملك بالتصرف وما معه لا بالاشتراء فهو إشارة لقول اللخمي .

قال سحنون فيمن رأى رجلاً اشترى سلعة من السوق فلا يشهد أنها ملكه ، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لصاحب الملك ، وقد يبيعها من لا يملكها ، ولو قال المصنف لا بالاشتراء منه لأمكن عود الضمير على الخصم ، ويكون المعنى أن شهود الملك لا يحتاجون إلى أن يقولوا أنه لم يخرج عن ملكه في علمهم إذا شهدوا أنه اشتراه من خصمه، بل يحكم بالاستصحاب ولا يقبل قول خصمه أنه عاد إليه كما ذكره ابن شاس ومن تبعه وإن لم نعرفه نصاً في المذهب ، ويكون هذا من نوع قوله بعده وإن شهد بإقرار استصحب اهـ ، ونقله طفي وأقره .

(وإن شهد) بضم فكسر (بإقرار) من أحد الخصمين بأن الشيء المتنازع فيه ملك

اسْتُصْحِبَ ، وإنْ تَعَذَّرَ تَرْجِيحٌ سَقَطَتَا ، وَبَقِيَ بِيَدِ حَائِزِهِ ،
أوْ لِمَنْ يُقِرُّ لَهُ ،

لخصمه (استصحب) بضم الفوقية وكسر الحاء ، حكم إقراره وكفت هذه الشهادة، وإن لم يزيدوا فيها لا نعلم خروجها عن ملكه إلى الآن إذ إقراره بأنه لخصمه مسقط لخصومته وموجب لتسليمه له ، فإن ادعى انتقاله له بوجه شرعي كبيع وتبرع فعليه إثباته ببينة معتبرة . ابن عرفة ابن شاس لو شهدت أنه أقر له به بالأمس ثبت الإقرار ، ويستصحب موجبه ، كما لو قال المدعى عليه هو ملكه بالأمس، وكما لو قال الشاهد هو ملكه بالأمس أو اشتراه من المدعى عليه بالأمس ، ولو شهد أنه كان في يد المدعي بالأمس فلا يأخذه بذلك ، ولو شهدوا أنه انتزعه منه أو غصبه أو غلبه عليه كانت الشهادة جائزة ، ويجعل المدعي صاحب اليد . قلت أعيان هذه المسائل لم أعرفها نصاً لغيره من أهل المذهب إلا لمن تبعه كابن الحاجب .

وفي وجيز الغزالي لو شهدوا أنه أقر بالأمس ثبت الإقرار وإن لم يتعرض الشاهد للملك في الحال ، ولو قال المدعى عليه كان ملكاً له بالأمس فالظاهر أنه ينتزع من يده لأنه يخبر عن تحقيق فيستصحب ، بخلاف الشاهد ، فإنه يخبر عن تخمين ولو قال الشاهد هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه بالأمس أو أقر له به المدعى عليه بالأمس سمعت في الحال ، لأنه استند إلى تحقيق ، ولا خلاف أنه لو شهد أنه كان بيد المدعي بالأمس قبل ، وجعل المدعي صاحب يد .

(وإن) تعارض بينتان ولم يمكن الجمع بينهما و(تعذر ترجيح) لإحداهما على الأخرى ، وكان المتنازع فيه بيد غير المتنازعين (سقطتا) أي البينتان (وبقي) المتنازع فيه (بيد حائزه) إن لم يقر به لأحدهما (أو) يدفع (لمن) أي أحد الخصمين الذي (يقر) الحائز أنه (له) البناني حاصل ما ذكروه فيما إذا كان المتنازع فيه بيد غير المتنازعين صور ثمانية، لأن حائزه تارة يدعيه لنفسه ، وتارة يقر به لأحدهما وتارة لغيرهما ، وتارة يسكت . وفي كل من الأربع فتارة تقوم لكل من المتنازعين بينة وتسقط البينتان بعدم الترجيح ، وتارة

لا تقوم لواحد منهما بينة فهذه ثمان صور ، ففي صور البينة إن ادعـاه لنفسه وسقطت البينتان حلف وبقي بيده كما في المتن وهو قول المدونة . وقيل ينزع منه ويقسم بـين المتنازعين وإن أقر بـه لأحدهما فهو للمقر له بيمينه كما فيها أيضاً ، وقيل إقراره لغو ويقتسمانه نقله ابن عرفة ، وإن أقر به لغيرهما أو سكت فلا يلتفت إليه ويقسم بينهما وهاتان دخلتا في قوله وقسم على الدعوى ، وفي صور عدم البينة إن ادعاه لنفسه حلف وبقي بيده ، وإن أقر به لأحدهما أو لغيرهما أخذه المقر له بلا يمين وإن سكت أو قال لا أدري قسم على الدعوى .

(وقسم) فكسر المتنازع فيه (على) قدر (الدعوى) على المشهور وقيل مناصفـة (إن لم يكن) المتنازع فيه (بيد أحدهما) أي المتنازعين بأن كان بيدهما أو بيد غيرهما ولم يقر به لأحدهما ، أو كان ليس بيد أحد كعفى أرض ، ولما شمل القسم على الدعـوى صورتين القسم كالعول والقسم على التنازع والتسليم بين المراد بقوله (كالعول) في الفريضة التي زيد في سهامها على أصلها الضيق سهامها عن ورثتها في الزيادة على الكل ونسبتـه للمجموع ونسبة المزيد للمجموع أيضاً وإعطاء مستحق كل مثل نسبة ماله من المجموع، فإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف زيد على الكل مثل نصفه ونسب الكل للمجموع ، فكان ثلثيه والنصف له فكان ثلثاً ، فيعطي مدعي الكل ثلثي المتنازع فيـه ومدعى النصف ثلثه . ابن عرفة إذا وجب قسم المدعى فيه. ابن شاس إن لم يكن بيد أحدهما قسم على قدر الدعاوى زاد ابن الحاجب اتفاقاً. ابن هارون فعليه إن ادعى أحدهما جميع الثوب والآخر نصفه قسم بينهما أثلاثاً .

قلت ذكر المسألة ابن حارث وقال فيها عن عبد الملك وسحنون لمدعي الكل النصف باجتماعهما عليه والنصف الثاني الذي تداعيا فيه بينهما نصفين . قلت وكذا نقله الشيخ عن أشهب في كتاب ابن سحنون وهو خلاف قول ابن الحاجب اتفاقاً . الشيخ في الموازية إن قال أحد الشريكين في مال بأيديهما له ثلثاه وقال الآخر لي نصفه، وإنما لك نصفه فلمدعي الثلثين النصف ، ولمدعي النصف الثلث والسدس الباقي بينهما نصفين بعد تحالفهما . وقال

أشهب يقسم بينهما نصفين فعبر غير واحد عن قوله بلا يكون القسم على الدعـاوي ، وفي تعيين المبدأ منهما باليمين خلاف ، ثم قال المازري وكان شيخنا يختار في هذا الأصل القول بالقرعة ، ثم قال ابن عرفة وعلى كونه على التداعي ، ففي كونه على قدر مدعي كل منهـما كعول الفرائض أو على اختصاص مدعي الأكثر بما سلم له ، وقسم المتنازع فيه بالسوية نقلا الشيخ عن مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب ، وابن القاسم مع ابن الماجشون .

ابن الحاجب لو زاد على اثنين فقولان ، أحدهما اختصاص مدعي الأكثر بمـا زاد على الدعويين جميعاً وهو الصواب ، والثاني اختصاصه بـــا زاد على أكثرهما . فلو كان ثالث يدعي الثلث مع مدعي جميعه ونصفه فعلى الأول يختص مدعي الكل بالسدس ، ثم يأخذ من الباقي نصفه وهو ربع وسدس ، ثم يختص مدعي النصف بما زاد على الثلث وهو نصف سدس ويقتسمان الثلث ، وعلى الثاني يختص مـــدعي الكل بالنصف ثم يأخذ من الباقي نصف مـــا زاد على الثلث وهو نصف السدس ، ويأخذ مدعي النصف سدساً ، ثم يقسم الباقي أثلاثاً لثلاثة .

قلت يريد بالأول الاختصاص بما زاد على الدعويين،وبالثاني بما زاد على أكثرهما وتقرير كلامه واضح ، وعزا الشيخ الأول لابن المواز ، والثاني لأشهب ، وقرره بقوله يقال لمدعي النصف ومدعي الثلث سلمتما النصف لمدعي الكل فله ستة من اثني عشر ، ويقـال لمدعي الثلث سلمت السدس وهو سهمان بين مدعي الكل ومدعي النصف ، ويبقى الثلث وهـو أربعة يدعونه كلهم فيقسم بينهم أثلاثاً ، فيصير لمدعي الثلث سهم وثلث من اثني عشر ، ولمدعي النصف سهمان وثلث ، ولمدعي الكل ثمانية وثلث ، قال وهـــو نحو جواب ابن القاسم ، وقرر محمد قوله بأنه يقال لمدعي النصف والثلث سلما السدس لـمدعي الكل تبق خمسة أسداس يدعيها مدعي الكل ويدعيها صاحباه أيضاً فيعطيانه نصفها وهـو عشرة قراريط من أربعة وعشرين قيراطاً ، فيقـــال لمدعي الثلث أنت لا تدعي في قيراطين من العشرة الباقية سلمها لمدعي النصف وتقسم الثانية بينهما نصفين .

ابن حارث في هـــذا الأصل قول ثالث هو أعدلها ، أن القسمة فيه على حساب عول

الفرائض وهو من معنى قول مالك «رض» في الدينار الواقـــع في مائة دينار ، وكثيراً ما كنت سمعته من شيوخنا وكهول أصحابهم في أيام الدرس لهم والمناظرة لهـم . قلت حكاه الشيخ من نوادره من نقل أشهب ، قال قال أشهب قال بعض أصحابنا يقسم على حساب العول في الفرائض فيقسم على أحد عشر سهماً ، فلمدعي الكل ستة ولمدعي النصف ثلاثة ولمدعي الثلث اثنان .

(و) إن تنازع اثنان في ملك شيء وأقام كل منهما بينة أنه ملكه وتعذر ترجيـــح إحداهما وشهدت إحداهما بانه كان بيد من شهدت له بالأمس (لم يأخـــذه) أي المتنازع فيه من شهد له (بأنه) أي المتنازع فيه (كان بيده) أمس ، لأنه لا يلزم من كونه بيده كونه ملكه ولا مستحقه ، لأن وضع اليد أعم ، والأعم لا يشعر بالأخص ، فلم يبق إلا مطلق الحوز ، وها هو محوز في يد الآخر اليوم . ابن شاس ولو شهدوا أنه انتزعـــه أو غصبه منه أو غلبه عليه فالشهادة جائزة ، ويجعل المدعي صاحب اليـــد ففرق بينهما وتبعه ابن الحاجب .

« غ » أغفل المصنف هنا الثانية ، وذكر ابن عرفه أنه لا يعرفهما معـــاً نصاً لغير ابن شاس من أهل المذهب ، مع أن الثانية في النوادر والكمال لله سبحانه وتعالى. البناني والمسألة الأولى وهي مسألة المصنف منصوصة لأشهب وابن القاسم ، والكمال لله سبحانه وتعالى . التونسي رأيت لأشهب لو كان عبد بيد رجل فادعاه آخر وأقام بينة أنه كان أمس بيده فلا يكون أحق به حتى تقوم بينة بأنه ملكه .

التونسي فيه نظر ، لأن كونه في يده أمس سابق للذي هو بيده اليوم فيجب رده إلى يده حتى يثبت هذا أنه كان بيده قبله ، لأن الأصل أن كل من سبقت يـــده على شيء لا يخرج من يده إلا بيقين . ابن محرز قول أشهب صحيح. العوفي كلام التونسي ، ومذهب ابن القاسم اصوب من كلام اشهب نقله الطخيخي وأبو علي ، وقول « غ » اغفـــل المصنف هنا ، أي في هذا الباب وإلا فقدم في باب الغصب ما تفهم المسألة الثانية منه ، حيث قال كشاهد بملك لآخر ، وجعلت ذا يد لا مالكاً والمسألة في المدونة كما نقله « ق » هنا .

وإنِ ادَّعى أخٌ أسلَمَ أنْ أباهُ أسلَمَ فَالقَوْلُ لِلنَّصْرانِيِّ وَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المُسْلِمِ ، إلَّا بِأنَّهُ تَنَصَّرَ ، أوْ مَاتَ إنْ جُهِلَ أصْلُهُ فَيُقْسَمُ كَمَجْهُولِ الدِّينِ ، وَقُسِمَ عَلَى الجِهَاتِ بِالسَّوِيَّةِ ،

(وإن ادعى أخ أسلم) أي حدث إسلامه على أخيه النصراني (أن أباه) النصراني (اسلم) ومات مسلماً وأنكر الأخ النصراني إسلام أبيه وقال إنه مات نصرانياً (فالقول للنصراني) استصحاباً للأصل ، وهذا حيث لا بينة لهما ، واما لو أقام كل بينة شهدت له (قدمت) بضم فكسر مثقلاً (بينة المسلم) لأنها ناقلة في كل حال (إلا) أن تشهد بينة النصراني (بأنه) اي اباهما (تنصر) أي نطق بما دل على اعتقاده النصرانية (ومات) عقبه وشهدت بينة المسلم بأنه نطق بالشهادتين ومات عقبه فقد تعارضتا ، ولا يمكن الجمع فيترجح إحداهما بشيء مما تقدم ، فإن تعذر قسمت تركته بينهما نصفين وهذا (إن جهل أصله) اي دين الأب الأصلي . طفي الصواب إسقاطه ، إذ لا فائدة لاشتراطه ، والمسألة مفروضة في كلام ابن شاس وابن الحاجب في معلوم النصرانية ، وعليه قررها ابن عبد السلام وغيره وهو المتبادر من عبارته ، لأن المستثنى منه كذلك ، فذكره اوجب انقطاع الاستثناء ، وإحالة المسألة عن وجهها ، فلو حذفه ثم قال كمجهول الدين كما فعل ابن الحاجب لأجاد ، ولذا قال « ق » لو قال إلا بأنه تنصر ومات فهما متعارضان فيقسم كمجهول الدين وعليه يكون الاستثناء متصلاً .

وشبه في القسم فقال (كمجهول الدين) الذي مات عن ابنين مسلم وكافر فتنازعا في موته مسلماً أو كافراً بلا بينة ، فيقسم متروكه بينهما نصفين (وقسم) بضم فكسر المال الذي تركه مجهول الدين وابناؤه مختلفون فيه (على الجهات) أي الاسلام واليهودية والنصرانية وغيرها التي تدين بها اولاده المتنازعون (بالسوية) من غير نظر إلى عدد اصحاب كل جهة منها ، فإن كانت الجهات ثلاثة فلكل جهة ثلثه ولو كانت جهة اصحابها عشرة وجهة اصحابها خمسة وجهة صاحبها واحد . العدوي الجهات أربع إسلام ويهودية ونصرانية وسواها جهة واحدة ، وصرح العقباني في شرح فرائض الحوفي بأن القسم على

وإنْ كانَ مَعَهُما طِفْلٌ ، فَهَلْ يَحْلِفَانِ ويُوقِفُ الثُّلُثُ فَمَنْ وَافَقَهُ أَخَذَ حِصَّتَهُ وَرُدَّ عَلَى الآخَرِ

الجهات إنما يكون بعد حلف اصحابها في صورتي قيام البينة وعدمه . ابن عرفة وإن لم يعلم اصله ، ففيها لابن القاسم ليس صلاة المسلمين عليه بشهادة ، وقال الأخوان وأصبغ إن كانت بحضرة النصراني قطعت دعواه إلا أن يعلم له عذر في سكوته ولو صلى عليه النصارى ودفنوه عندهم بحضرة المسلم اختص النصراني بارثه .

قلت للشيخ عن الأخوين في الواضحة إن دفن في مقبرة المسلمين فليس بحجة على الآخر إلا أن يكون حاضراً لا ينكر ، فذلك يقطع حجته . اللخمي إن اقام كل واحد بينة على دعواه ، فإن كانت بأنه لم يزل على ذلك إلى موته ولا يعرفونه انتقل عنه كان تكاذباً وقضى باعدلهما ، فإن تكافأتا كان الارث بينهما ، وكذلك إن كانت البينتان على ما مات عليه ولا علم عندهم بما كان عليه ، وإن كان معروفاً باحد الدينين أو أقر به الوارث، ففي كون ذلك تكاذباً أو القضاء بالبينة التي نقلته عن حالته الأولى لأنها زادت حكماً ، قولان ، وعلى الثاني إن كانت الحالة الأولى كفراً فارثه للمسلم ، وفي العكس لبيت مال المسلمين .

(وإن كان معهما) أي الأخوين البالغين المتنازعين في الدين الذي مات عليه أبوهما أخ لهما (طفل فهل يحلفان) أي الأخوان البالغان يحلف كل واحد منهما أن اباه مات على دينه (ويوقف) بضم التحتية وفتح القاف (الثلث) مما بيد كل واحد منهما وهو سدس التركة ، فيكون المجموع ثلثها إلى بلوغ الطفل، وإذا بلغ (فمن) أي الأخ الذي (وافقه) الطفل في دينه (أخذ) الطفل (حصته) أي سدس الأخ الذي وافقه الطفل الموقوف إلى بلوغه (ورد) بضم الراء وشد الدال (على) الأخ (الآخر) الذي لم يوافقه الطفل في دينه سدسه الموقوف ، فإن وافق المسلم أخذ سدسه ورد سدس النصراني عليه ، وإن وافق النصراني أخذ سدسه ورد سدس المسلم عليه ، وعلى كل يكمل لجهة الإسلام نصف تركة ، ولجهة النصرانية نصفها الآخر ، ووقف الثلث أولا للطفل لاحتمال أنه إذا بلغ يدين بدين ثالث ويدعي ان اباه مات عليه .

وإنْ مَاتَ حَلَفَا وَقُسِمَ ، أوْ لِلصَّغِيرِ النِّصْفُ وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ ؟ قَوْلَانِ

(وإن مات) الطفل قبل بلوغه (حلفا) أي اخواه البالغان يحلف كل أن الطفل مات على دينه (واقتسما) أي أخواه الثلث الموقوف له بالسوية ، وهذا قول سحنون ، واستشكله ابن عاشر بأنه توريث مع الشك في الموافقة في الدين ، إذ لا يمكن للطفل إلا دين واحد موافق لأحدهما أو مخالف لهما معاً . واجيب عنه بأن كل واحد من البالغين يدعي أن الطفل كان على دينه ومات عليه جاز ما بذلك ، وأنه يستحق جميع تركته ، وإن اخاهما يظلمه فيما يأخذه منها فبالوجه الذي ورث به أباه يرث أخاه قاله المسناوي ، وينظر ما الحكم إذا كان للطفل وارث غير أخويه كأمه ، والله اعلم اه بناني .

(أو) يوقف (للصغير النصف) من تركة أبيهم ، لأن كلا من البالغين يدعي أنه على دينه فيسلم له نصف ما يستحقه وهو ربع التركة (ويجبر) بضم التحتية وفتح الموحدة الطفل (على الاسلام) إذا بلغ ويقسم النصف الآخر بينهما وهذا قول أصبغ في الجواب (قولان) مستويان عند المصنف . ابن عرفة اللخمي أصبغ فلو كان معهما أخ صغير فكلاهما مقر له بالنصف كاملا ، ويجبر على الاسلام والنصف لهما بعد إيمانهما . سحنون فإن مات الصبي قبل بلوغه حلفا وقسما ماله . اللخمي أصل قولهم أن يكون المال بينهم اثلاثاً ، فإن خلف الميت ستين ديناراً كان لكل من الأولاد عشرون ، لأن المسلم يقول المال بيني وبين الصغير نصفين والنصراني غاصب لنا والغصب علي ، وعليه على قدر انصبائنا ، وذلك يؤدي إلى استوائهما فيه . وفي كتاب ابن سحنون يحلفان ويوقف ثلث ما بيد كل منهما حتى يكبر الصبي فيدعي دعوى أحدهما فيأخذ ما وقف من سهمه ويرد للآخر ما وقف من سهمه ، فإن مات قبل بلوغه حلفا واقتسما ميراثه ، فإن مات أحدهما قبل بلوغه وله ورثة يعرفون فهم أحق بميراثه ولا يرد ، وإن لم يكن له ورثة يعرفون وقف ميراثه ، فإذا كبر وادعاه كان له . قلت قول سحنون فيأخذ ما وقف له من سهمه ويرد إلى الآخر ما وقف له من سهمه الخ ، خلاف قول أصبغ .

وإنْ قَدِرَ عَلَى شَيْئِهِ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، إنْ يَكُنْ غَيْرَ عُقُوبَةٍ ،
وَأَمِنَ فِتْنَةً ورَذِيلَةً

(وإن) كان لشخص حق عند آخر ولم يقدر على أخذه بطريق الشرع الظاهر لعدم البينة عليه مع إنكاره و (قدر على) أخذ عين (شيئه) خفية (فله أخـذه) سواء علم غريمه بأخذه أو لم يعلم (إن يكن) شيئه (غير عقوبة) فـإن كان عقوبة كحد وقصاص من نفس أو طرف أو تـأديب شاتم ونحوه ، فليس له أخذه إلا بالرفع للحاكم سداً لتعدي بعض الناس على بعض وادعائهم أخذ حقهم ، ولا يلزمه الرفع إلى الحاكم ، وكذا غير عين شيئه ولو من غير جنسه على ظاهر المذهب قاله ابن عرفة ، ويـدل له قول المصنف إن يكن غير عقوبة ، لأنها لا يمكن أخذ عينها فلو أراد المصنف بشيئه عينه خاصة لم يحتج لقوله إن يكن غير عقوبة لعدم شمول عين شيئه لها ، فيحمل شيئه على الشامل لعين شيئه وعوضه ، فيحتاج إلى إخراج العقوبة ، وشمل كلامه الوديعـة وهو المعتمد ، وما قدمه في بابها من قوله وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها ضعيف قاله [illegible] ومثله للخرشي .

(و) إن (أمن) صاحب الحق (فتنة) تحصل بأخذ حقـه كقتال وإراقة دم (و) أمن (رذيلة) كنسبته لسرقة أو خيانة بأخذ حقه . طفي لا شك أن المصنف اختصر قول ابن الحاجب تبعاً لابن شاس ومن قدر على استرجاع عين حقه آمناً من فتنة أو نسبة إلى رذيلة جاز له ، وأما في العقوبة فلا بد من الحاكم وكلامهما كما ترى في استرجاع عين حقه ، وبه شرح في التوضيح ، فقال إن قدر على أخذ شيئه بعينه . وعبارة ابن [illegible] ومن غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة أو سوء عاقبة بأن يعد سارقاً أو نحو ذلك جاز له أخذه اهـ ، وهكذا عبارة ابن رشـد والمازري ولم يذكروا في هذا خلافاً ، وإنما ذكروه في غير عين شيئه . ثالثها إن كان جنسه جاز ، فيتعين حمل كلام المصنف على عين شيئه كما قلنا فيكون غير شيئه عنده بالمنع كما يؤخذه من باب الوديعة . وأمـا حمل تت كلام المصنف على غير عين شيئه وتعميمه في الجنس وغيره

ومعارضته لذلك بما تقدم في الوديعة ، وجوابه عن ذلك بإخراج الوديعة فيه نظر من وجوه الأول نبو عبارة المصنف عن حمله .

الثاني : خلو كلام المصنف عن بيان حكم استرداد عين شيئه المذكور في كلام ابن شاس وابن الحاجب وهما متبوعاه ، ولا يقال يؤخذ بالأولى لخفائه ولتعرض الأئمة له .

الثالث : لزوم المعارضة في كلام المصنف ، وأما جوابه فيه نظر ، إذ لم أر من استثناها من المنع ، إذ من أجاز أجازها ، ومن منع منعها ، وقد جمع ابن عرفة طرق المسألة ولم يستثن الوديعة منها في طريق من الطرق ، وذكر ابن رشد في طريقه في الوديعة خمسة أقوال المنع والكراهة والإباحة والاستحباب خامسها إن كان عليه دين فلا يأخذ إلا قدر الحصاص ، وأظهر الأقوال الإباحة مطلقاً عليه دين أم لا ، وأيضاً كلام المصنف المتقدم في باب الوديعة . وإن كان فرضه كابن الحاجب في الوديعة فليس الحكم خاصاً بها وقد تورك عليه هناك ابن عبد السلام بقولها ومن لك عليه مال من وديعة أو قراض أو بيع فجحده ، ثم صار له بيدك مثله بإيداع وبيع أو غيره . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا ينبغي له أن يجحده اهـ .

البناني ما قرر به « ز » هو الظاهر ، وما قاله طفي ، وصوبه من حمل ما هنا على عين شيئه ، إذ هو المتفق عليه . وأما غير عينه ففيه أقوال مشى المصنف منها فيما تقدم في الوديعة على المنع فغير ظاهر ، لأن أظهر الأقوال عند ابن عرفة الإباحة ، والله أعلم .

(وإن) كان لشخص حق على آخر ووكل وكيلاً على خلاصه فطلبه الوكيل من الغريم فـ (قال) الغريم للوكيل (أبرأني موكلك) بكسر الكاف (الغائب أنظر) بضم الهمز وكسر الظاء المعجمة ، أي أمهل وأخر الغريم إلى حضور الموكل ، فإن أقر بإبرائه وإلا حلف على عدمه وأخذ حقه من الغريم ، ولا يحلف الوكيل على عدمه في غيبة موكله عند ابن القاسم . وقال ابن كنانة يحلف ، وظاهر كلام المصنف كانت غيبته قريبة أو بعيدة وهو كذلك في القريبة اتفاقاً ، وفي البعيدة عن ابن القاسم قاله ابن الحاجب ، وحكاه

اللخمي بقيل ، ولم يعزه ، وقال إنه الأصل ، ثم قال الحط والمنصوص لابن القاسم في مسألة دعوى المطلوب القضاء أنه يقضي عليه بالحق ولا يؤخر إلى لقي صاحب الحق ، ومثله دعواه الإبراء ، ولم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة .

وفي النوادر محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب دينه الثابت فيقول المطلوب بقي من حقي أن يحلف المحكوم له أنه ما قبضه مني ، فإنه ينظر ، فإن كانت غيبته قريبة كتب إليه ، وإن كان بعيداً فإنه يدفع الحق الساعة ويقال له إذا اجتمعت معه فحلفه ويكتب القاضي له كتاباً بذلك يكون بيده ، فإن مات المقضي له حلف الأكابر من ورثته على مثل ذلك ولا يحلف الصغار وإن كبروا بعد موته اهـ ، وكذا نقل ابن رشد عن ابن عبد الحكم قال وقوله عندي تفسير لقول ابن القاسم ، فلا خلاف أنه لا يقضى في الغيبة القريبة إلا بعد يمين الموكل . وقال ابن كنانة إن كانت الغيبة قريبه كيومين انتظر الموكل حتى يحلف ، وإن كانت بعيدة يحلف الوكيل أنه لم يعلم موكله قبض من الحق شيئاً ويقضى له به . وفي المعين عن ابن القاسم قول ابن كنانة .

وفي التوضيح عن ابن المواز انه يقضى على المطلوب وله تحليف الطالب إذا لقيه ، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع ، ثم قال الحط فتحصل من هذا أنه في الغيبة القريبة ينظر المطلوب حتى يحلف الموكل بلا خلاف على ما قاله ابن رشد . وأما في الغيبة البعيدة فالمنصوص فيها لابن القاسم وابن عبد الحكم وابن المواز وابن كنانة أنه يقضى على المطلوب بدفع الحق ولا يؤخر ، لكن ابن كنانة قال لا يقضى عليه حتى يحلف الوكيل على نفي علمه بقبض موكله ، ومقابل المنصوص ما حكاه اللخمي بقيل ، وعزاه ابن الحاجب لابن القاسم وخرجه ابن رشد على يمين الإستحقاق .

(تنبيهات)

الأول : إذا علم هذا فقوله انظر الموجود في أكثر النسخ مشكل لاقتضائه إنظاره في الغيبة البعيدة ، وقد علمت أنه خلاف المنصوص ، وقد اعترض ابن عرفة على ابن الحاجب

في عزوه لابن القاسم ، وعلى ابن عبد السلام في قبوله بأنه خلاف ما قاله ابن القاسم في سماع عيسى . وكلام ابن رشد يقتضي أنه غير منصوص ، وإنما هو مخرج ، وقد علمت أن اللخمي حكاه بقيل ، فالمناسب وإن قال أبرأني موكلك الغائب أو قضيته فلا ينتظر في البعيدة بخلاف القريبة ، فيؤخر ليمين القضاء وَوجد في بعض النسخ وإن قال أبرأني موكلك الغائب ، انظر في القريبة . وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له ، فإن حضر الموكل حلف واستمر القبض وإلا حلف المطلوب ، واسترجع ما أخذ منه . « غ » حلف الوكيل قاله ابن كنانة ، وقال ابن عبد السلام إنه بعيد جداً ، إذ لا يحلف شخص لينتفع غيره ، وما بعده ساقه ابن عبد السلام قولا آخر ، ونسبه في توضيحه لابن المواز ، فقد ركب المصنف هذه الفتوى من قولين .

الحط أما حلف الوكيل فقاله ابن كنانة وهو ضعيف،وأما ما بعده فتقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بانه يقضى عليه ولا يؤخر لم يختلفوا في أن له تحليف الموكل إذا لقيه ، فإن حلف مضى ، وإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع فهذه النسخة حسنة موافقة للراجح من الأقوال إلا حلف الوكيل ، فإنه قول ابن كنانة .

الثاني : لا فرق بين قول المطلوب أبرأني موكلك كما فرض في سماع عيسى ، وقوله قبضه مني موكلك .

الثالث : إذا قضى على المطلوب بالحق ثم لقى الموكل فاعترف بالإبراء أو القبض أو نكل عن اليمين وحلف المطلوب فله الرجوع بالحق على الوكيل أو الموكل قاله ابن رشد فإن رجع على الموكل فله الرجوع على وكيله إلا أن يقيم على دفعه له بينة وإن رجع على الوكيل فلا رجوع له على موكله إلا أن يقيم بينة على دفعه له .

(ومن) شهدت عليه بينة وأعذر له فيها فادعى حجة و (استمهل) أي طلب الإمهال والتأخير (لدفع بينة) شهدت عليه أو جرحت بينته (أمهل) بضم الهمز وكسر الهاء أي أخر وضرب له أجل (بالاجتهاد) من الحاكم بحسب الدعوى والمدعى فيه ، وتقدم

كَحِسَابٍ وَشِبْهِهِ ، بِكَفِيلٍ بِالْمَالِ ، كَأَنْ أَرَادَ إِقَامَةَ ثَانٍ ،

في باب القضاء أن العمل بتفريق الأجل[1] . عب محل كلام المصنف إن قربت بينته كجمعة وإلا قضى عليه ويبقى على حجته إذا أحضرها . البناني هذا كقول ابن شاس إذا قال من قامت عليه بينة أمهلوني فلي بينة دافعة أمهل ما لم يبعد فيقضى عليه ويبقى على حجته إذا أحضرها ا هـ . وهذا لا ينافي أن المذهب عدم التحديد في الأجل ، لأن على الطالب ضرراً في إمهال المطلوب مع بعد بينته ، والله أعلم .

وشبه في الإمهال بالاجتهاد فقال (ك) استمهال التحرير (حساب وشبهه) من مراجعة مكتوب عنده وسؤال غلام ونحوه ليتحقق ما يجب به ويمهل (بكفيل) أي ضامن (بالمال) فلا يكفي ضامن بالوجه لثبوت المال والإمهال إنما هو لدفع البينة . عب هذا راجع لما قبل الكاف فقط وأولى لقوله انظر كما مر ، وأما ما بعدها فيكفي كفيل بالوجه على المعتمد إلا أن يحمل على ما إذا وقع طلب الإمهال لنحو الحساب بعد شهادة بينة عليه بالمال ، ويفوت المصنف حينئذ طلب الإمهال لنحو الحساب قبل إقامتها . طفي هذا راجع لما قبل الكاف كما يدل عليه تقرير تت ، وهو الصواب ، وأخره ليشبه به ، وأما في الحساب وشبهه فحمل بالوجه كما في ابن الحاجب وابن شاس . ابن عرفة وتقييد ابن شاس تأخيره بكفيل بوجهه صواب ، ويبعد كونه اعتمد هنا قوله في توضيحه ، ولا يبعد أن يكون هذا الكفيل بالمال ا هـ . إذ لا يعتمد على ما اختاره .

وشبه في الامهال بالاجتهاد مع كفيل بالمال فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلته اقام الطالب شاهد أو (أراد) الطالب (إقامة) شاهد (ثان) وطلب الإمهال فيمهل مع كفيل بالمطلوب بالمال ، لأن للطالب الحلف مع شاهده ، أو لأن

---

(١) (قوله إن العمل بتفريق الأجل) ففي معين الحكام أنه موكول إلى اجتهاده خمسة عشر يوماً ثم ثلاثة ثم ثلاثة تلو ما هذا في الأموال وفي غيرها ثمانية أيام ثم ستة ثم اربعة ثم ثلاثة وفي وثائق أبي القاسم في الأصول الشهرين والثلاثة وفي الديون ثلاثة أيام وفي البينات وحل العقود ثلاثون يوما وللقاضي جمعها وبتفريقها جرى العمل ا هـ .

أَوْ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ ، فَبِحَمِيلٍ بِالْوَجْهِ . وَفِيهَا أَيْضاً ، نَفْيُهُ ، وَهَلْ خِلَافٌ ، أَوِ الْمُرَادُ وَكِيلٌ يُلَازِمُهُ ، أَوْ إِنْ لَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ ! تَأْوِيلَاتٌ ،

المال ثبت به واليمين استظهار . البناني الأولى انه تشبيه في الإمهال وفي لزوم كفيل بالمال ، لأنه أقيد لا في أحدهما فقط ، كما يقتضيه كلام ابن مرزوق (أو) ادعى بمال على شخص فأنكره وطلب المدعي الإمهال (ب) ارادته ا (لاقامة بينة) تشهد له بما ادعاه (ف) يمهل بالاجتهاد (بحميل) للمطلوب (بالوجه) كما في شهاداتها . المازري لا بالمال اتفاقاً ، لأنه لم يثبت له شيء على المطلوب (وفيها) أي المدونة (أيضاً نفيه) أي كفيل الوجه ، ونصها من كان بينه وبين رجل خلطة في معاملة فادعى عليه بحق فلا يجب عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه ، وقال غيره إذ اثبتت الخلطة فله عليه كفيل بنفسه ليوقع البينة على عينه .

(و) اختلف (هل) ما في الموضعين (خلاف) وهو ظاهر كلام ابن سهل (أو وفاق) بأحد وجهين ، أحدهما لأبي عمران (المراد) بكفيل الوجه الذي في شهاداتها (وكيل يلازمه) لأنه يطلق على الوكيل كفيل ، وهذا لا ينافي انه لا يلزمه كفيل الوجه كما في الحمالات (أو) معنى قول غير ابن القاسم ، وكذا قول ابن القاسم في الشهادات فله عليه كفيل (إن لم تعرف) بضم أوله وفتح الراء (عينه) أي المطلوب بأن لم يكن مشهوراً وأما إن كان معروفاً بعينه فلا يلزمه كفيل بوجهه ، لأن البينة تسمع عليه في غيبته، وهذا تأويل ابن يونس في الجواب (تأويلات) ثلاثة .

ابن عرفة وفيها من ادعى قبل رجل غصباً أو ديناً أو استهلاكاً فإن عرف بمخالطته في معاملة أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب نظر فيه الإمام ، فإما أحلفه له أو أخذله كفيلاً حتى يأتي بالبينة وإن لم تعلم خلطته ولا تهمته فيما ذكر فلا يعرض له. عياض بعضهم جعل له أخذ الكفيل ولم يجعله له في كتاب الكفالةولغيره هناك كما له هنا . وقال آخرون ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى لقوله ، وأما الدين فإن كان بينهما خلطة وإلا فلا يعرض له فدل أن الوجه الاول بخلافه .

ويُجيبُ عنِ القِصاصِ: العَبْدُ، وعَنِ الأرْشِ السَّيِّدُ واليَمِينُ فِي كُلِّ حَقٍّ،

عياض يحتمل أن الكفيل بمعنى الموكل به وقول من قال لزمه الكفيل بمجرد الدعوة غير بين، لقوله إن كان يعرف بينهما خلطة في دين «ق» ابن يونس معنى قول غيره له عليه كفيل إذا لم يكن المدعى عليه معروفاً مشهوراً للطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه، فان كان المطلوب معروفاً مشهوراً فليس للطالب عليه كفيل بوجهه، لأنا نسمع البينة عليه في غيبته، وكذلك معنى قول ابن القاسم.

(و) إن ادعى على عبد بموجب قصاص كفيل عمداً أو جرح كذلك ف (يجيب عن) دعوى موجب (القصاص العبد) لأنه الذي يحكم عليه به إن أقر بموجبه لا سيده، وإن أنكره وأقر به عليه سيده فلا يعتبر إقراره عليه، ولأن جواب الدعوى إنما يعتبر فيما يؤخذ به المجيب لو أقر به وإقرار العبد بما يتعلق ببدنه يلزمه فيلزمه الجواب عنها، ولا يعتبر جواب سيده عنها، لأنه إقرار على غيره، ومثل القصاص حد القذف والتعزير.

(و) إن ادعى على عبد بموجب أرش كجناية خطأ أو عمداً لا قصاص فيها كجائفة وآمة فيجيب (عن) دعوى موجب (الأرش) بفتح الهمز وسكون الراء وإعجام الشين، أي الدية لنفس أو طرف (السيد) لأنه هو المطالب به، لأن العبد محجور عليه في المال فلا يؤاخذ بإقراره به، فلا يعتبر جوابه فيه إلا أن تقوم قرينة توجب قبول إقراره فيعتبر، ففي كتاب دياتها في عبد على برذون مشى على أصبع صغير فقطعها فتعلق به الصغير وهي تدمى، وقال فعل بي هذا وصدقه العبد، فان الأرش يتعلق برقبته.
ابن عرفة قول ابن شاس جواب دعوى القصاص على العبد يطلب من العبد، ودعوى الأرش يطلب جوابه من سيده واضح، لأن الجواب إنما يطلب من المدعى عليه وهو في الأول العبد، لأن إقراره به عامل دون سيده، وفي الثاني سيده لأن إقراره به عامل دون العبد.

(واليمين) الشرعية (في كل حق) مالي أو غيره إلا اللعان والقسامة صيغتها

(بالله الذي لا إله إلا هو) ابن عرفة ولفظ اليمين في حقوق غير اللعان والقسامة فيها يحلف المدعى عليه أو من يحلف مع شاهده بالله الذي لا إله إلا هو لا يزيد على هـذا ، ومثله ذكر الشيخ من رواية سحنون بزيادة لا أعرف غير هـذا . ابن رشد في صيغة اليمين اختلاف كثير المشهور قولها، وقيل يزيد عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم وهو قول ابن كنانة في المدنية . اللخمي اختلف ان قال والله ولم يزد أو قال والله الذي لا إله إلا هو ، ومقتضى قول الامام مالك «رض» إنهما يمين جائزة . وقال أشهب في الموازية لا تجزئه في الوجهين .

قلت هو ظاهر المدونة ، واختار الأول قال لأنه لا خلاف فيمن قال والله ولم يزد، أو قال والله الذي لا إله إلا هو إنها يمين تكفر . قلت لا يلزم من أنها يمين تكفر أن تجزي في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ ، ولما ذكر المازري قول أشهب قال حمل بعض أشياخي عن مالك «رض» أنه رأى الاكتفاء بقوله والله فقط ، وإنما تعلق في هذا بقوله في كتاب اللعان يقول بالله وليس مقصود مالك رضي الله تعالى عنه بيان اللفظ المحلوف به في اللعان ، وذكر المازري في يمين اللعان خمسة أقوال ، فقال في المدونة يحلف بالله. وفي الموازية يقول أشهد بعلم الله ، وقال محمد يحلف بالله الذي لا إله إلا هو . والرابع بزيادة الرحمن الرحيم وقال ابن الماجشون يحلف بالله الذي لا إله إلا هو عـالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ونحوه .

اللخمي المازري وفي القسامة ثلاثة أقوال الأول بالذي لا إله إلا هو ، والثاني أن يقول الذي أمات وأحيا ، والثالث أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم . الباجي عن ابن حبيب عن الأخوين بالله الذي لا إله إلا هو . محمد والعبد كالحر وهو مشهور قول مالك وابن القاسم ، وروايته ورواية ابن كنانة رضي الله تعالى عنهم بزيادة عالم الغيب والشهادة . ابن رشد عن مالك وابن القاسم أقسم بالذي أحيا وأمات وسمع ابن القاسم صيغة حلف القسامة أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو ليس عليهم أن يقولوا الرحمن الرحيم ولا الطالب الغالب المدرك . ابن رشد هـذا مشهور مذهبه ، وفي

وَلَوْ كِتَابِيًّا ، وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى أَنَّ النَّصْرَانِيَّ يَقُولُ : بِاللهِ فَقَطْ ،

كتاب ابن شعبان من حلف عند المنبر فليقل ورب هذا المنبر . ابن القاسم يقول بالذي أحيا وأمات والزيادة على بالله الذي لا إله إلا هو عند من رآها استحسان ، إذ لم يختلف في أنه إن لم يزد على ذلك اجزأته يمينه . قلت وقاله اللخمي .

واليمين بالله الذي لا إله إلا هو إن كان الحالف مسلماً بل (ولو) كان (كتابياً) يهودياً أو نصرانياً (وتؤولت) بضم الفوقية والهمز وكسر الواو مثقلا ، أي فهمت المدونة (على أن النصراني يقول) في يمينه في كل حق (بالله) ومعنى قول المصنف (فقط) لا يزيد الذى لا إله إلا هو ، لأنه لا يعتقد وحدانية الله تعالى . وأما اليهودي فيزيد الذي لا إله إلا هو ، لأنه يعتقدها . ابن عرفة فيها لا يحلف النصارى ولا اليهود في حق أو لعان أو غيره إلا بالله ، ولا يزاد عليه الذي أنزل التوراة والإنجيل ، وروى الواقدي أن اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني يحلف بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى .

ابن محرز في الكتاب في النصراني لا يحلف إلا بالله ، وظاهره أنهم لا يحلفون بالله وظاهره أنهم لا يحلفون بالله الذي لا إله الا هو وقاله ابن شبلون وغيره ، لأنهم لا يوحدون فلا يكلفون ما لا يعتقدون ، وليس كذلك ، بل يحلفون على هذه الصورة ولا تكون منهم إيماناً ، ونص عليه متقدمو علمائنا ، ويدل عليه استحلافهم بالله تعالى وهم ينفون الصانع تعالى الله عن قولهم . زاد عياض وفرق غير ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وغيرهم فلا يلزمهم لعدم قولهم به . في التوضيح مقتضى كلام المصنف أن الكتابي يقول في يمينه والله الذي لا إله إلا هو . وفي المدونة لا يحلف اليهودي والنصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله . عياض حمله بعض شيوخنا على ظاهره ، وأنهم لا يلزمهم تمام الشهادة إذ لا يعتقدونها فلا يكلفون ما لا يعتقدون وهو مذهب ابن شبلون ، وفرق غيره بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وغيرهم فلا يلزمهم . وقال بعضهم إنما قال إنما يحلفون بالله فقط مفتياً لما سأله عنه من قوله أيزيدون الذي أنزل التوراة على موسى والإنجيل على عيسى ، فقال يحلفوا بالله فقط ولا يزيدون ما سألت عنه اهـ ،

وظاهر قول الإمام مالك «رض» أن المجوسي يحلف كما يحلف المسلم بالله الذي لا إله إلا هو . وقيل لا يلزمه أن يقول إلا بالله .

(تنبيهـــات)

الأول : الحط المتبادر من كلامهم أنــه لا بد في اليمين من كون حرف القسم فيها الباء الموحدة ، لأن غالب من وقفت على كلامه من أهل المذهب ، قال لمـا تكلم على صيغة اليمين واليمين بالله الذي لا إله إلا هو أو وصيغة اليمين بالله الـذي لا إله إلا هو ونحو ذلك . لكن الظاهر أنه لا فرق بين الباء وغيرها من حروف القسم ، ولم أقف على نص في التاء الفوقية ، وأما الواو فغالب من رأيت كلامه من أهل المذهب كاللخمي وابن عرفة وزروق والجزيري وابن فرحون وغيرهم ،قالوا واختلف إذا قال والله ولم يزد ،أو قال والله الذي لا إله إلا هو . وقال أبو الحسن أشهب إن قال والله الذي لا إله إلا هو فلا يقبل منه ، وكذا لو قال بالله فقط فلا يجزئه حتى يقول بالله الذي لا إله إلا هو . اللخمي والذي يقتضيه قول الإمام مالك «رض» أنها أيمان تكفر انها تجزيــه ، ثم قال الحط وفي الجواهر أما الحلف فهو والله الذي لا إله إلا هو لا يزاد على ذلك في شيء من الحقوق ، ثم نقله بالباء ، ونقله في الذخيرة ، ثم قال والذي في الكتاب ، أي المدونة ، إنما هو بالواو ، فدل على أنه لا فرق بين الباء والواو ، وقال الفاكهاني والصحيــح الاجتزاء بقوله والله الذي لا إله إلا هو . وفي المنتقى اتفق أصحابنا على أن الذي يجتزى بـه من التغليظ بالله الذي لا إله إلا هو ، فإن قال والله الذي لا إله إلا هو أو قال بالله فقـــط فقال أشهب لا يجزيــه حتى يقول بالله الذي لا إله إلا هو اهـ ، والظاهر أن التاء الفوقية كذلك ، والله أعلم .

الثاني : لا بد من كون اليمين بحضرة الخصم ، فإن أحلفه القاضي من غير حضوره فلا يجزئه قاله الباجي .

الثالث : ابن عرفة قول ابن الحاجب لا يحلف مــع البينة إلا أن يدعي عليه طرو ما يبده من إبراء أو بيع هو قولها في اللقطة ،ولا يستحلف صاحب الحق مع شاهديه يريد

في غير الاستحقاق في غير الربع على المشهور اه .

الرابع : ابن الحاجب واليمين في الحقوق كلها بالله الذي لا إله إلا هو فقط على المشهور ، وروى ابن كنانة يزيد في ربع دينار وفي القسامة واللعان عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم . ضيح المازري المعروف من المذهب المنصوص عليه عند جميع المالكية أنه لا يكتفي بقوله بالله فقط ، وكذا لو قال والذي لا إله إلا هو ما أجزأه حتى يجمع بينهما .

الخامس : تعقب البساطي قوله وتؤولت الخ بأنه صريحها لا تأويل لها لقولها ولا يحلف اليهودي ولا النصراني إلا بالله ، وإنما الذي أولها هو الراد لها إلى الأول فقال معنى قوله إلا بالله لا يحلفون بشيء من أيمانهم التي يعتقدونها ، وليس مراده الاقتصار على لفظ بالله ، ويجاب عنه بأن الاصطلاح أن إبقاءها على ظاهرها يسمى تأويلاً ولا مشاحة في الاصطلاح ، والله أعلم .

(وغلظت) بضم الغين المعجمة وكسر اللام مثقلة وإعجام الظاء اليمين على الحالف (في ربع دينار) شرعي أو ما يساويه من فضة أو غيرها لا في أقل منه وتغليظها(ب)حلفها (بجامع) للجمعة فلا يكفي حلفها بغيره ولو مسجد جماعة (ولا يتعين مكان من الجامع وقال المسناوي الذي جرى به العمل عندنا أنه يحلف عند المنبر في غير مدينة النبي ﷺ أيضاً ، وظاهره وجوب التغليظ وإن لم يطلبه الخصم ، ونص القرافي وغيره على أنه حق من توجهت اليمين لأجله ، واختلف فيه هل هو واجب أو مندوب ، وتظهر فائدة الخلاف إذا حلف على عدمه ، فعلى وجوبه يحنث ، وعلى ندبه لا ، وأيضاً على وجوبه تعاد اليمين له وعلى ندبه لا ، وأيضاً على وجوبه يعد الممتنع منه ناكلا وعلى ندبه لا .

وشبه في الجامع في التغليظ به فقال (كالكنيسة) للنصراني ، والبيعة لليهودي (وبيت النار للمجوسي) زاد في المدونة وحيث يعظمون . اللخمي اختلف في محل اليمين فقال ابن القاسم في محله في أقل من ربع دينار ، وفي ربعه في المسجد الجامع حيث يعظم منه . الشيخ عن محمد الثلاثة دراهم ربع دينار ، وذكره ابن سحنون رواية ، وذكر عبد

وَبِالْقِيَامِ ، لَا بِالِاسْتِقْبَالِ وَبِمِنْبَرِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَخَرَجَتِ الْمُخَدَّرَةُ فِيمَا ادَّعَتْ ، أَوِ ادُّعِيَ عَلَيْهَا ، إِلَّا الَّتِي لَا تَخْرُجُ نَهَاراً ، وَإِنْ مُسْتَوْلَدَةً فَلَيْلاً ،

الوهاب عن بعض المتأخرين الاستحلاف في المسجد في القليل والكثير .

(و) تغلظ (ب)حلفها حال (القيام) من الحالف (لا) تغلظ (بالاستقبال) من الحالف حال حلفها هذا مذهب المدونه ، ففيها ليس عليه أن يستقبل بها ، وعلى التغليظ به جرى ابن سلمون قائلاً به العمل وصاحب التحفة وهو قول الأخوين (و) تغلظ (ب)حلفها عند (منبره) أي النبي (عليه الصلاة والسلام) هذا ظاهر المدونة .

وقال ابن المواز يحلف عليه وخص منبره ﷺ بهذا لقوله ﷺ من حلف عند منبري كاذباً فليتبوأ مقعده من النار ، وصرح ابن رشد في البيان بان المنبر الموجود الآن في موضع منبره ﷺ ومثله للدماميني والسيد السمهودي وابن فرحون . تت وظاهر كلام المصنف أنها لا تغلظ بالزمان في المال وهو كذلك ، وأما في الدماء واللعان فتغلظ بالزمان والمكان .

(وخرجت) المرأة (المخدرة) بضم الميم وفتح الخاء المعجمة والدال المهملة ، أي الملازمة للخدر ، أي الستر بالكسر فيها ، أي لا تخرج من بيتها يقضى عليها بالخروج إلى الجامع لتحلف فيه (فيما) أي ربع دينار (ادعت) به على غيرها وشهد لها شاهد يميناً تكمل بها النصاب ، أو لم يشهد لها شاهد ورد المطلوب اليمين عليها (أو) فيما (ادعى) بضم الدال مثقلة وكسر العين به (عليها) أي المخدرة وأنكرته ولم يشهد عليها شاهد ، أو شهد عليها شاهد ورده الخصم اليمين عليها . أبو حفص العطار معنى قولهم لا تخرج أي غير مستترة ، وأما التي تخرج مستترة فحكمها حكم من لا تخرج البتة نقله القلشاني عن الغبريني ، والتي لا تخرج أصلاً تحلف في بيتها فالأقسام ثلاثة من شأنها الخروج في مصالحها نهاراً وليلا ومن تخرج لها ليلا فقط ومن لا تخرج أصلا (إلا) المخدرة (التي لا تخرج نهاراً) وهي حرة ، بل (و) إن كانت (مستولدة) بفتح اللام من سيدها الحر (ف) تخرج للحلف (ليلاً) ابن عرفة ، فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ما سألت عنه من المدبرة والمكاتبة وأمهات الأولاد فسنتهن في اليمين سنة الأحرار .

عياض قوله ماسألت عنه من المكاتبة والمدبرة وأمهات الأولاد فسنتهم سنة الأحرار إلا أني أرى أمهات الأولاد كالحرائر فمنهن من تخرج ، ومنهن من لا تخرج حمل بعضهم أول الكلام على الذكور دون الإناث ، وعليه اختصره أبو محمد ، وحمله آخرون على الذكور والإناث وأن ما عدا أمهات الأولاد كالرجال في الخروج لليمين ، لأن حرمة أمهات الأولاد بحرمة سادتهن كالحرائر ، وإليه ذهب ابن محرز . وللباجي عن ابن القاسم الحرة والعبد والمدبرة والمكاتبة سواء . ابن عرفة وفيها تخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد ، فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً ، وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن ممن تخرج ويبعث القاضي إليها من يحلفها ويجزئه رجل واحد . اللخمي في الموازية تحلف المرأة في بيتها في أقل من ربع دينار وفي ربع دينار في الجامع ، فإن كانت ممن تتصرف أحلفت نهاراً وإلا أحلفت ليلاً . وأجاز سحنون في امرأتين ليستا ممن يخرجن إن تحلفا في أقرب المساجد إليهما .

وقال عبد الوهاب إن كانت من أهل الشرف والقدر جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها ولا مقال لخصمها . عياض هذا فيما تطلب به . ابن كنانة تحلف النساء اللاتي لا تخرجن في بيوتهن فيما ادعى به عليهن ، فإن أردت أن يستحققن حقهن فليخرجن إلى موضع اليمين وقد أحلف سحنون أمثال هؤلاء في أقرب المساجد إليهن . ورأى شيوخ الأندلس أنه لا بد من خروج هؤلاء ومن امتنعت حكم عليها بحكم الملك . عياض ليس هذا بصواب الشيخ في نوادره روى ابن القاسم تخرج فيما له بال فمن تخرج بالنهار خرجت وإلا خرجت بالليل ، وفي الموازية مثله .

(وتحلف) المرأة (في أقل) من ربع دينار (ببيتها) ويرسل لها الحاكم من يحلفها ويكفي رجل واحد ولا تخرج للمسجد ، لأنه لا يغلظ فيه اليمين بالمكان (وإن) كان عليك دين لميت وطلبه ورثته فـ (ادعيت) بفتح الفوقية خطاب للمدين (قضاء) للدين الذي عليك ببينة أو إقرار منك به ثم ادعيت قضاءه (على ميت) وأنكر ورثته القضاء

لَمْ يَحْلِفْ إِلَّا مَنْ يُظَنُّ بِهِ الْعِلْمُ مِنْ وَرَثَتِهِ ، وَحَلَفَ فِي نَقْصٍ بَتًّا ، وَغِشٍّ عِلْماً ،

(لم) الأولى فلا (يحلف) على عدم علمه بالقضاء (الا من) أي الذي (يظن) بضم التحتية وفتح الظاء المعجمة (به العلم) بقضائك (من ورثته) البالغين بسبب مخالطته للميت وعلمه باسراره . ابن عرفة فيها للامام مالك «رض» إذا قامت بينة بدين لميت فادعى المطلوب أنه قضى الميت حقه فلا ينفعه ذلك ، وله اليمين على من يظن بـه العلم بذلك من بالغي ورثته على نفي العلم ، ولا يمين على من لا يظن به ذلك ، ولا على صغير الشيخ من قول الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم إن كان لميت دين مبينة على ميت أو غائب فقام ورثته يطلبونه فلا بد أن يحلف أكابرهم أنهم لم يعلموا وليهم قبضه من المقضي عليه ولا من أحد من سببه ، ولا يحلف الأصاغر وإن كبروا بعد موته .

(و) من دفع لآخر دنانير أو دراهم فاطلع آخذها فيها على نقص أو غش فردها لدافعها فأنكرها (حلف) الدافع (في) دعوى (نقص) حلفا (بتاً و) في دعوى (غش علماً) أي على نفي علمه ، لأن الجودة قد تخفى ولا يتحقق عين دراهمه ، وظاهره صيرفياً كان أو غيره ، وهذا قول ابن القاسم. وقيل هذا في غير الصيرفي . وأما الصيرفي فيحلف على البت مطلقاً . ابن عرفة في سلمها الأول إن أصاب المسلم اليه رأس المال رصاصاً أو نحاساً فرده عليه ، فقال له ما دفعت لك إلا جياداً في علمي فالقول قوله ، ويحلف ما أعطاه إلا جياداً في علمه إلا أن يكون إنما أخذها على أن يريها فالقول قوله مع يمينه وعليه بدلها .

التونسي إن حقق أنها ليست من دراهمه حلف على البت ، فإن نكل حلف قابضها على البت أنه موقن ، قلت ظاهره ولو كان حلف الأول على العلم فتنقلب يمينه على خلاف ما تتوجه عليه . ابن رشد هذا في مسائل كثيرة ، قلت ذكر غير واحد من شيوخ القاسيين في صيغة يمينه ثلاثة أقوال ، الأول على نفي العلم مطلقاً . الثاني يحلف على البت

وَٱعْتَمَدَ ٱلْبَاتُّ عَلَى ظَنٍّ قَوِيٍّ : كَخَطِّ أَبِيهِ أَوْ قَرِينَةٍ ، وَيَمِينُ ٱلْمَطْلُوبِ مَا لَهُ عِنْدِي كَذَا ، وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ ، وَنَفْيِ سَبَباً ، إِنْ عُيِّنَ وَغَيْرِهُ ،

مطلقاً . الثالث هـــذا إن كان صيرفياً . وعزاها ابن حارث لابن القاسم وابن كنانة وابن الماجشون .

(واعتمد البات) بالموحدة وشد الفوقية ، أي مريد الحلف على البت (في) إقدامه على حلفه بتاً (على ظن قوي كخط أبيه أو قرينة) من خصمه كنكوله عن الحلف على نفي ما ادعى عليه به أو شاهد لأبيه غلب على ظنه صدقه ، فلا يشترط في بت اليمين القطع بالمحلوف عليه عند الامام مالك «رض». طفي نحوه لابن الحاجب زاد وقيل المعتبر اليقين. ابن عبد السلام قابل ما ذكره المصنف هنا مع ما قاله في كتاب الأيمان في فصل يمـــين الغموس حيث قال قلت والظاهر أن الظن كذلك . وقال في التوضيح بعد ذكر الخلاف ومن هنا تعلم أن قول المصنف في باب الأيمان . قلت والظاهر أن الظن كذلك مبني على القول الثاني لا الأول .

(ويمين) الشخص (المطلوب) أي المدعى عليه المنكر صيغتها بالله الذى لا إله إلا هو (ماله) أي الطالب المدعى (عندي كذا) أي القدر المعين الذي ادعاه الطالب كعشرة دنانير (ولا شيء منه) لأن المدعي بالعشرة مثلاً مدع بكل آحادها ، فحق اليمين نفي كل واحد من آحادها لما تقرر أن إثبات الكل إثبـــات لكل جزء من أجزائه ، ونفي الكل ليس نفياً لكل جزء من أجزائه ، ولئلا يدعي المدعي أن لـه عنده أقل من القدر الذي سماه ، ويعتذر بالنسيان ويحلفه ثانياً ، فإن لم يزد ولا شيء منه في يمينه لزمه الحلف ثانياً على ما تركه بأن يقول لا شيء له عندي مما ادعاه ، أو يقول ما له عندي كذا ولا شيء منه .

(ونفي) المطلوب في يمينه (سبباً) لترتب الدين في ذمته كبيع وقرض (إن عين) بضم فكسر مثقلاً السبب من المدعي في دعواه (و) نفي (غـيره) أي السبب المعين ،

فَإِنْ قَضَى نَوَى سَلَفاً يَجِبُ رَدُّهُ وإِنْ قَالَ وَقْفٌ ، أوْ لِوَلَدِي :
لَمْ يُمْنَعْ مُدَّعٍ مِنْ بَيِّنَتِهِ ،

فإن كان ادعى عليه بعشرة من سلف فيقول بالله الذي لا إله إلا هو ماله علي عشرة ، ولا شيء منها من سلف ولا من غيره . أشهب إن لم يزد ولا من غيره فلا يجتزىء بيمينه ، أي لاحتمال أنها من غير ما عينه المدعي ناسياً (فإن) كان المطلوب قد (قضى) الطالب ما ادعى به عليه بلا بينة وجحده الطالب واستحلفه أنه لم يتسلف منه مثلا حلف المطلوب كما تقدم (ونوى) المطلوب في نفسه لم يتسلف (سلفاً يجب) لك علي (رده) الآن اليك قاله ابن عبدوس لما قيل له إن حلف ما تسلف كانت يمينه غموساً ، وإن نكل غرم ما لا يلزمه .

فإن قيل اليمين على نية المحلف قيل محله إن كان له حق فيها وإلا فعلى نية الحالف . ابن عرفة ابن شاس شرط اليمين أن تطابق الإنكار . قلت وهو قولها في الشهادات من اشترى منك ثوباً ونقدك الثمن فقبضته وجحدته الاقتضاء وطلبت يمينه فأراد أن يحلف أنه لاحق لك قبله فليس له ذلك ، قال مالك «رض» ولك أن تحلفه ما اشترى سلعة كذا بكذا ، لأن هذا أراد أن يوري . ابن القاسم أراد بقوله يوري الالفاز أحمد بن زياد . قلت لابن عبدوس إذا أسلف رجلا مالاً وقضاه إياه بعد ذلك بلا بينة وجحد القابض وأراد أن يحلفه أنه ما أسلفه ، وقال المتسلف بل أحلف ما له عندي شيء قال لا بد أن يحلف ما أسلفه شيئاً . قلت فقد اضطررتموه إلى يمين كاذبة أو إلى غرم ما لم يجب عليه ، قال يحلف ما أسلفه ، ويعني في ضميره سلفاً يجب على رده اليه في هذا الوقت ، ويبرأ من الإثم في ذلك ، وذكره ابن حارث في كتاب المديان بلفظ ابن شاس .

(وإن) ادعى على شخص بشيء معين وطلب منه الجواب ف (قال) المدعى عليه (هو) أي المدعى به (وقف) على فلان أو المساكين (أو) قال هو (لولدي) مثلا (لم) الأولى فلا (يمنع) بضم التحتية (مدع) لذلك الشيء (من) إقامة (بينة) على أنه له بحضرة الموقوف عليه الرشيد أو ناظر الوقف أو ولى الموقوف عليه المحجور . ابن شاس إن ادعى

وَإِنْ قَالَ لِفُلَانٍ ، فَإِنْ حَضَرَ ادُّعِيَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُ الْمُقِرِّ ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَغَرِمَ مَا فَوَّتَهُ ،

عليه ملكاً فقال ليس لي إنما هو وقف على الفقراء أو على ولدي أو هو ملك لطفل فلا يمنع ذلك إقامة بينة للمدعي حتى يثبت ما ذكر ، فتوقف الخصومة على حضور من ثبتت له عليه الولاية . ابن عرفة هذا مقتضى أصول المذهب ، ومقتضى إقراره بذلك لحاضر أو غائب ولم أعلم من ذكر نفس هذه المسألة التي ذكرها إلا للغزالي في وجيزه .

(وإن قال) المدعى عليه هو (لفلان فإن) كان قد (حضر فلان ادعى) بضم الدال مثقلة وكسر العين (عليه) أي انتقلت الدعوى عليه إن صدق الأول في أنه له (فإن حلف) فلان المقر له على نفي الدعوى لعدم البينة عليها أو انفراد شاهد وردت اليمين عليه (فللمدعي تحليف المقر) إنه ما أقر إلا بحق ، فإن حلف برىء (وإن نكل) المقر (حلف) المدعي أن المدعى به له لا للمقر له (وغرم) بفتحات مثقلا المدعي المقر (ما) أي الشيء المدعى به الذي (فوته) بفتحات مثقلا المقر على المدعي بإقراره به لمن لا يستحقه ، فإن كان مثلياً غرم مثله ، وإن كان مقوماً غرم قيمته .

المازري لو قال هو لفلان وهو حاضر يصدقه سلم له المدعى فيه ، وتصير الخصومة بينه وبين المدعي وللمدعى إحلاف المقر أنه ما أقر إلا بحق إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل ، وإن المقر به إنما هو لمدعيه لزمه الغرم لإتلافه حقه ، فان حلف أنه ما أقر الا بالصدق ، ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي ، فان نكل عن اليمين فهنا اختلف الناس هل يستحق بيمينه غرامة المقر لإتلافه بإقراره وما أقر به أم لا ، لأنه لم يباشر الإتلاف ، واذا توجهت الخصومة بين المدعي والمقر له وجبت اليمين على المقر له ، فإن نكل حلف المدعي وثبت حقه ، فان نكل فلا شيء عليه وهل له تحليف المقر أم لا . ابن عبد السلام ليس له ذلك . ابن عرفة نحوه قول عياض اذا اطلع بائع سلعة من وكيل على شرائها على زائف في الثمن فاحلف الآمر فنكل فوجبت اليمين

أَوْ غَابَ لَزِمَهُ يَمِينٌ أَوْ بَيِّنَةٌ ، وَٱنْتَقَلَتْ ٱلْحُكُومَةُ لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ أَخَذَهُ بِلاَ يَمِينٍ ، وَإِنْ جَاءَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ فَصَدَّقَ ٱلْمُقِرَّ ، أَخَذَهُ ،

للبائع فنكل فليس له أن يحلف المأمور ، لأن نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور .

وعطف على قوله حضر فقال (أو غاب) المقر له بما ادعاه المدعي غيبة بعيدة لا يعذر له فيها (لزمه) أي المقر (يمين) أنه ما أقر إلا بحق (أو بينة) على أن المقر به لفلان الغائب أودعه أو رهنه عنده (و) إن حلف أو أقام بينة على ذلك (انتقلت الحكومة له) أي الغائب فينتظر قدومه (وإن نكل) المقر ولم يأت ببينة على ذلك (أخذه) أي المدعي المدعى به (بلا يمين وإن جاء المقر له فصدق المقر) في إقراره أن المدعى به له (أخذه) أي المقر له المدعى به من المدعي بيمين لقوله وانتقلت الحكومة له، وأما إن حلف المقر أو أقام بينة على أنه للغائب ، فقدم وصدق المقر فيأخذه بلا يمين وتنتقل الحكومة له .

الحط وأما إذا كان المقر له غائباً فأشار اليه بقوله أو غاب ، والأحسن وإن غاب،أي المقر له في التوضيح ، فإن غاب غيبة بعيدة فلا خلاف أنه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه ، ولا خلاف أيضاً أنه لا يقبل قول المدعى عليه مجرداً عن يمين أو بينة ا هـ . فلذا قال هذا لزمه ، أي المقر يمين أو بينة أنه لفلان الغائب ، فإن أقام البينة فلا كلام أن الخصومة تنتقل بين المدعي والغائب كما قال ، وانتقلت الحكومة له ، أى الغائب وإن لم يقم البينة وأراد المدعي تحليف المقر ، فقال أشهب تلزمه اليمين كما قال المصنف ، فإن نكل المقر عن اليمين أخذه المدعي بلا يمين وإن جاء المقر له وصدق المقر أخذه ، وهذا نحو قول ابن الحاجب ، فإن جاء المقر له وصدق المقر أخذه ، فإن كان مرادهم إذا أقام المقر بينة أو حلف فواضح ، وإن كان مرادهم إذا نكل المقر عن اليمين وأخذه المدعي بلا يمين ، فالظاهر أن المقر له لا يأخذه إلا بعد يمينه والله أعلم .

المازري لو أقر به لغائب لا يعذر اليه لبعد غيبته فلا يستحقه المدعي بذلك اتفاقاً ،

وَإِنِ اسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ ، أَوْ كَالْجُمُعَةِ : يَعْلَمُهَا لَمْ تُسْمَعْ
وَإِنْ نَكَلَ فِي مَالٍ وَحَقِّهِ اسْتَحَقَّ بِهِ

فإن أراد تحليفه سئل فإن قال رجاء أن ينكل فأحلف وأغرمه قيمته جرى على ما قدمناه من الخلاف في توجه الغرم عليه باقراره لغيره دون مباشرة إتلافه ، فمن أغرمه يحلفه ومن لا فلا ، وإن قال رجاء أن ينكل فأحلف واستحق نفس الثوب ، فذكر سحنون من ادعى عليه بدار في يده فقال هي لفلان الغائب ، فإن حلف بقية الدار بيده ، وإن نكل اخذها المدعي دون يمين حتى يقدم الغائب فيأخذ باقرار المقر . وذكر بعض أشياخي إسقاط اليمين عن المدعي عليه إن لم يدع عليه المدعي أنه أودعه السلعة أو رهنه إياها ، لأنه لا يلزمه الحلف لإثبات ملك غيره . ومن الناس من قال إن نكل عن اليمين حلف المدعي وأخذ المدعى فيه حتى يقدم الغائب فيخاصمه ، وكأنه رأى أن هذا صيانة لقاعدة الشرع ، لأنا لو منعنا المدعي من المدعى فيه ، ولا يحلف له المدعى عليه إلا فعل كل مدعى عليه ذلك بان يضيف المدعى فيه لغائب .

(وإن) ادعى شخص على آخر بمال فأنكره و (استحلف) أي طلب المدعي اليمين من المدعى عليه فحلف (و) الحال (له) أي المدعي ببينة حاضرة) بالبلد يعلمها (أو) غائبة غيبة قريبة (كالجمعة يعلمها) أي المدعي البينة ثم أراد إقامتها على المدعى عليه وأخذحقه منه (لم) الأولى فلا (تسمع) بضم الفوقية ، أي البينة لأنه أسقطها باستحلافه ، واحترز بقوله يعلمها مما إذا لم يعلمها ، فإنها تسمع كما تقدم ، وظاهره كابن الحاجب أن استحلافه مسقط لبينته وإن لم يحلف المطلوب ، وقيده الشارح بحلفه . عج وهو الذي يجب التعويل عليه . طفي وهو صواب ، ففيها وإن حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينته ، فإن لم يكن علم بها قضى له بها ، وإن استحلفه بعد علمه ببينته تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له وإن قدمت بينته ا ه . فدل أول كلامها على ان استخلفه ليس للطلب ، وإنما المراد حلفه .

(وإن) ادعى شخص على آخر بمال أو ما في حكمه فأنكره ولا بينة له فاستحلفه فـ (نكل) المطلوب (في مال وحقه) أي متعلق المال كأجل وخيار (استحق) الطالب

ما ادعاه (به) أي نكول المطلوب (بيمين) من الطالب (إن حقق) المدعي ما ادعاه. ومفهوم الشرط أنه إن لم يحقق الطالب دعواه واتهم المطلوب فإنه يستحق ما ادعاه بمجرد نكول المطلوب على المشهور صرح به ابن رشد قاله في التوضيح . ابن عرفة ابن زرقون اختلف في توجه يمين التهمة فمذهب المدونة في تضمين الصناع والسرقة إنها تتوجه، وقاله غير ابن القاسم في غير المدونة . وقال أشهب لا تتوجه ، وعلى الأول فالمشهور أنها لا تنقلب ، وفي سماع عيسى من كتاب السرقة انها تنقلب .

الباجي إن ادعى المودع تلف الوديعة والمودع تعديه عليها صدق المودع ، إلا أن يتهم فيحلف قاله أصحاب الإمام مالك «رض» . ابن عبد الحكم فإن نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا أفاده الحط . طفي قوله بيمين إن حقق تفريع على توجه يمين التهمة ، وقوله في القضاء فيدعي بمعلوم محقق الخ ، يقتضي عدم سماع دعوى التهمة فضلاً عن عدم توجه اليمين فيها ، وفيه خلاف ، فيؤخذ من كلام المصنف القولان التوجه وعدمه .

ابن فرحون المتيطي اختلف في الدعوى إذا لم تحقق ، فظاهر مسألة النكاح من المدونة أن اليمين لا تجب إلا بتحقيق الدعوى لأنه قال إذا وقع الاختلاف في الصداق بعد الموت فإن كان البناء فالقول قول الزوج أو ورثته ، غير أن اليمين لا تجب على ورثته إلا أن تدعي المرأة أو ورثتها عليهم العلم بانه لم يدفع شيئاً فيجب اليمين عليهم في ذلك، ولا يمين على غائب ولا على من يعلم أنه لا علم عنده فلم يوجب على ورثة الزوج اليمين حتى يدعي عليهم ورثة الزوجة العلم ، وكذا مذهبه في كتاب التدليس في الدابة إذا ردت بعيب فطلب البائع يمين المشتري انه ما استخدمها بعد معرفته بالعيب ، فقال لا يمين عليه إلا بتحقيق الدعوى أو يدعي انه أخبره بذلك مخبر . ابن أبي زيد مخبر صدق فهذا يدل على إسقاط اليمين .

وأما ما يدل على انها تجب بغير تحقيق الدعوى فما وقع في كتاب الوكالة في مسألة الوكيل إذا قبل الدراهم ولم يعرفها ، وكذا مسألة كتاب الشفعة في الموهوب له الشقص أو المتصدق به عليه، فقال أحلف أنك ما بعته منه أو ما عوضته سراً وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما ، فقال إن كان ممن يتهم حلفه وإلا فلا يحلفه ، فأوجب اليمين مع عدم تحقيق

الدعوى ا هـ . قلت ومسألة الوكيل هي قوله وإن لم يعرفها وقبلها حلف الآمر له انه ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه إلا جياداً في علمه وبرىء ، ولما ذكر ابن الحاجب تبعـاً لابن شاس شرط المدعى به أن يكون معلوماً محققاً قال ابن عرفة قبلـه ابن عبد السلام وابن هرون ولم يذكرا فيه خلافاً .

وفي رسم الطلاق من سماع القرينين من دخل بزوجته ثم مات فطلبت صداقها حلف الورثة ما تعلم انه بقي عليه صداق . ابن رشد عليهم اليمين وإن لم تدع ذلك عليهم خلاف ما في النكاح الثاني من المدونة ، وما في الغرر منها في التداعي في موت الجارية المبيعة على الصفة ، فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة انها لم تقبض صداقها وتستوجبـه لا على أن الورثة علموا انها لم تقبضه ، فهذه اليمين ترجع على غير ما نكل عنه الورثه ، ولها نظائر كثيرة ، ويختلف في توجه هذه اليمين إذا لم تحقق المرأة ذلك على الورثة ، لأنهـا يمين تهمة ولا يختلف في رجوعها على المرأة لما تحلف عليه كما يختلف في رجوع يمين التهمة ا هـ .

وأشار بما في الغرر لقولها ومن ابتاع سلعة كان قد رآها أو موصوفة فهلكت قبل أن يقبضها فادعى البائع انها هلكت بعد الصفقة ، وقال المبتاع قبل الصفقة ، فإن لم يقم البائع بينة بذلك كانت منه في قول مالك «رض» الأول ، ويحلف المبتاع على علمه انها لم تهلك بعد وجوب البيع إن ادعى عليه وإلا فلا يمين عليه ا هـ . إذا علمت هذا ظهر لك أن قول عج وقضية قوله إن حقق سماع دعوى التهمة وهو واضح ، وما تقدم في القضاء من قوله فيدعي بمعلوم محقق وإلا لم تسمع ، فهو في غير دعوى الاتهام ، أما فيها فتسمع فيه نظر ، ولا معنى له إذ كل ماخالف التحقيق فهو تهمة فكيف يصح كلامه ، وكأنه فهم أن المراد بالاتهام وكون المدعى عليه من أهل التهم وليس كذلك كما علمته من كلام الأئمة أن يمين التهمة أعني المقابلة للمحققة تتوجه على القول بها وإن كان المدعى عليه ليس من أهل التهم نعم في بعض المسائل يشترطون ذلك لموجب وهي قليلة فتأمله .

(وليبين) الحاكم لمن توجهت عليه اليمين (حكمه) أي النكول بـأن يقول له إن

نكلت حلف خصمك واستحق ما ادعاه ، وظاهره وجوب البيـــان ، وظاهر قول ابن شاس وابن الحاجب ينبغي الاستحباب . طفي عدل عن قولهما لقوله في توضيحه ظاهرهما أنه مستحب ، ووقع لمالك « رض » في كـتاب ابن سحنون الأمر بذلك فقال وإذا جهل ذلك المطلوب فليذكرم له القاضي (ولا يمكن) بضم التحتية وفتح الميم والـكاف مثقلاً أي المدعى عليه (منها) أي اليمين (إن نكل) المدعى عليه عنها ثم بدا له حلفها رواه عيسى عن ابن القاسم ، لأن خصمه تعلق له حق باليمين بنكوله فليس له إبطاله .

ابن عرفة النكول امتناع من وجبت عليه أوله منهـــا ، ولأن نكوله دليل على صدق خصمه ورجوعه لها ندم . ابن شاس الركن الرابع النكول ولا يثبت الحـــق بمجرده ولا ترد اليمين على المدعي إلا إذا تم نكول المدعى عليه ، ويتم نكوله بأن يقول لا أحلف وأنا ناكل ، أو يقول للمدعي أحلف أنت أو يتمادى على الامتناع من اليمين فيحكم القاضي بنكوله ، ثم حيث تم نكوله ، ثم قال أنا أحلف فلا يقبل منه . ابن عرفة هو قولها . قال الإمـــام مالك «رض» إذا نكل مدعو الدم عن اليمين وردوا الأيمان على المدعى عليه ، ثم أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا فلا يكون لهم ذلك ، وكذلك قال لي الإمـــام مالك «رض» فيمن أقام شاهداً على مال وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ، ثم بدا له أن يحلف فليس له ذلك .

وسمع عيسى ابن القاسم إن قال المدعى عليه للمدعي بعد أن طلب يمينه احلف أنت وخذ ، فلما هم المدعي بالحلف قال المدعى عليه لا أرضى بيمينك ما ظننتك تحلف فـــلا رجوع للمدعى عليه ، كان ذلك عند السلطان أو غيره . ابن رشد مثله في كتاب الدعوى والصلح وكتاب الديات ، ولا خلاف أعلمه في ذلك بعد أن ردها على المدعي ولو نكل عنها ولم يردها عليه ، ففي كونه كذلك وصحـــة رجوعه قولان لظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في المدنية مع ظاهر قولها في الديات وظاهر قول ابن نافع في المدنية .

(بخلاف مدع) بفتح العين (عليه التزمها) أي اليمين (ثم رجع) المدعى عليه عنها فله ذلك . بهرام لأن التزامه لا يكون أشد من الزام الله تعالى له . ابن عرفة في تعليقة أبي

وإن رُدَّتْ عَلَى مُدَّعٍ وَسَكَتَ زَمَناً : فَلَهُ الْحَلِفُ ، وإنْ حَازَ أَجْنَبِيٌّ غَيْرُ شَرِيكٍ وَتَصَرَّفَ ، ثُمَّ ادَّعَى حَاضِرٌ سَاكِتٌ بِلاَ مَانِعٍ عَشْرَ سِنِينَ ،

عمران في المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع إلى إحلاف المدعي ، فإن ذلك له ، لأن التزامه ليس أشد من إلزام الله تعالى لـــه ، قال وخالفني ابن الكاتب ، وقال ليس له رد اليمين .

(وإن ردت) بضم الراء اليمين من المدعى عليه (على مدع فسكت) المدعي (زمناً) غير ملتزم ولا ناكل ثم أراد الحلف (فله ذلك) أي الحلف ولا مقال للمدعى عليه ، إذ لا يعد سكوته نكولاً ولو طال منه . البناني لو قال وإن سكت من توجهت عليه زمانـــاً الخ ، لكان أحسن لشموله .

(وإن حاز) بإهمال الحاء وإعجام الزاي شخص (أجنبي) من المحوز عليه (غـــير شريك) للمحوز عليـــه في المحوز (وتصرف) بفتحات مثقلا الأجنبي الحائز في الشيء المحوز تصرف المالك في ملكه (ثم ادعى) شخص (حاضر) بالبلد مع الحائز ، واحترز بحاضر عن الغائب غيبة بعيدة كسبعة أيام (ساكت) عن منازعة الحائز المتصرف (بلا مانع) له من الإنكار على الحـــائز ومنازعته واحترز عمن نازع المتحرف وعمن سكت لمانع ، كخوف من سلطان أو قرابة أو عدم علم بأنه ملكه وحاز الأجنبي (عشر سنين) البناني هذا خاص بالعقار والتحديد بالعشر نحوه في الرسالة ، وعزاه في المدونة لربيعـــة ، ونصها ولم يحد مالك «رض» في الحيازة في الربع عشر سنين ولا غيرها ، وقال ربيعـــة حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى أو أسكن أو أخدم أو أعار ونحوه ، ولا حيازة على غائب ، وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال من حاز عشر سنين فهو له اهـ .

في التوضيح بهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبـــد الحكم وأصبغ ، ودليله مارواه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أسلم ، وذكر الحديث ، وهو المشهور في المذهب.

ولابن القاسم في الموازية ماقارب العشر كسبع كالعشر ، وعن مالك تحد باجتهاد الحاكم فيتحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال قول مالك في المدونة أنها لا تحد بسنين مقدرة ، بل باجتهاد الإمام . الثاني قول ربيعة تحد بعشر سنين ، وبه أخذ أصحاب الإمام . الثالث قول ابن القاسم الثاني حدها بسبع سنين ، ولخصها ابن عرفة في قوله وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع ثالثها لا تحديد بمدة بل باجتهاد الإمام اهـ ، وتلفق من حيازة المورث ووارثه كحوز المورث خمس سنين ووارثه كذلك كما في مختصر المتيطية ، ويجري هذا في المدة الطويلة عن العشر والقصيرة عنها الآتيين .

(لم) الأولى فلا (تسمع) بضم الفوقية أي دعوى الحاضر الساكت بلا مانع (ولا) تسمع (بينته) أي الحاضر الساكت بلا مانع التي تشهد له بملكه المحوز ، أي لا يعمل بمقتضى شهادتها .

(تنبيهات)

الأول : الحط ختم المصنف باب الشهادات بالكلام على الحيازة لأنها كالشاهد على الملك.

الثاني : ابن رشد الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق ، ولكنها تدل عليه كإرخاء الستور ومعرفة العفاص والوكاء ، فيكون القول معها قول الحائز أنه ملكه بيمينه لقول النبي ﷺ من حاز شيئاً عشر سنين فهو له ، لأن معناه عند أهل العلم أن الحكم يوجبه له بدعواه ، فإن حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون الحيازة فيها عاملة وهي عشرة أعوام دون هدم ولا بنيان أو مع الهدم والبنيان على ما نذكره من الخلاف في ذلك ، وأنه عاد ملكاً لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك بيمينه اهـ.وظاهر نقل ابن يونس وغيره أن القول قوله بلا يمين ، وفي الشامل وفي يمين الحائز حينئذ قولان ، الحط ولزوم اليمين أقوى وهو الظاهر والله أعلم .

الثالث : ابن رشد الحيازة ستة أقسام أضعفها حيازة الأب على ابنه أو عكسه ، ويليها حيازة القريب الشريك ، ويليها حيازة القريب غير الشريك والولى والختن الشريك

ويليها حيازة المولى والختن غير الشريك ، ويليها حيازة الأجنبي الشريك ، ويليها حيازة الأجنبي غير الشريك وهي أقواها .

الرابع : ابن رشد الحيازة بثلاثة أشياء أضعفها السكنى والازدراع ، ويليها الهدم والبناء والغرس والاستغلال ، ويليها التفويت بالمبيع والهبة والصدقة والنحل والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله ، والإستخدام في الرقيق والركوب في الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع .

الخامس : الحيازة على النساء عاملة إذا كن في البلد ذكره ابن بطال في المقنع .

السادس : يستحب للغائب إذا علم بالحيازة أن يشهد أنه على حقه قاله ابن بطال والرجراجي .

السابع : اختلف هل يطالب الحائز ببيان سبب ملكه ، فقال ابن أبي زمنين لا يطالب به وقال غيره يطالب به . وقيل إن لم يثبت أصل الملك للمدعى فلا يسأل الحائز عن بيان أصل ملكه ، وإن ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك . وقال ابن العتاب وابن القطان لا يطالب إلا أن يكون معروفاً بالغصب والإستطالة والقدرة على ذلك .

الثامن : الحط الظاهر أن المراد بعدم سماع البينة عدم العمل بمقتضاها لا أنها لا تسمع ابتداء ، ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها ، فإن هذا غير ظاهر ، بل يسأل لاحتمال أن يقر بأن ملك ما حازه المدعي ويعتقد أن مجرد حوزه يوجب له الملك ، وقد تقدم أن الحوز لا ينقل الملك إجماعاً ، وإنما يدل على انتقاله بسبب من أسبابه كبيع وهبة ، وقد قال الرسول الأعظم ﷺ لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم .

التاسع : الحط إن قيل قوله لم تسمع دعواه يغني عن قوله ولا بينته ، لأنه يلزم من عدم سماع الدعوى عدم سماع البينة ، فجوابه والله أعلم أنه قال ولا بينته لدفع توهم أن الدعوى المجردة عن البينة لا تسمع ، والتي عليها بينة تسمع كدعوى الرقيق العتق والزوجة الطلاق ، وأيضاً ليفرع عليه قوله إلا بالإمكان ونحوه .

العاشر : الحط لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى في الحبس ، بهذا أفتى ابن رشد في نوازله في جواب المسألة الخامسة من مسائل الوقف ، وهي مسألة تتضمن السؤال عن جماعة واضعين أيديهم على أملاكهم وموروثهم وموروث مورثهم نحواً من سبعين عامـاً يتصرفون فيها بالبناء والغرس والتعويض والقسمة ، وكثير من وجوه التفويت ، فادعى عليهم بوقفيتها شخص حاضر عالم بالتفويت المذكور والتصرف هو ومورثـه من قبله ، ونصه ولا يجب القضاء بالحبس إلا بعـد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم تحبيسه ، وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح الحيازة فيه ، فإذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر إلى القوم المدعى عليهم فلم يكن لهم حجه إلا ترك القائم وأبيه من قبله القيـام عليهم ، وطول سكوتهما عن طلب حقهما بتفويت الأملاك ، فالقضاء بالحبس واجب والحكم به لازم اهـ ، وأفتى به أيضاً في جواب المسألة السادسة من مسائل الدعوى والخصومـات فانظرها ، والجواب في الحط .

واستثنى من قوله ولا بينته فقال (إلا) ببينتـه الشاهدة له (باسكان) من المدعي للحائز في العقار بأجرة أو بلا أجرة (ونحوه) أي الإسكان كإعمار ومساقاة ومزارعـة . ابن رشد الحيازة لا ينتفع الحائز بها إلا أن يجهل أصل دخوله فيها ، فإذا علم أن أصـل دخوله فيها كان على وجه ما من غصب أو عارية أو إسكان أو إرفاق فـلا ينتفع بطول حيازته له إلا أن يطول زمن ذلك جداً ، ولم يحد في هذه الرواية حداً إلا أنه قال قدر ما يخشى أن يكون من يعرف ذلك الحق هلك أو نسي لطول زمانه ، فيحلف مع بينته ، ويقضى له إن ادعى الحائز أن المالك باعه مثلا . وأما إن لم يدع نقـل الملك وإنما تمسك بمجرد الحيازة فلا يحلف قاله في التوضيح وغيره .

وشبه في عدم سماع الدعوى والبينة فقال (كشريك) للمدعي (أجنبي) منه (حاز) العقار عن شريكه (فيها) أي العشر سنين فلا تسمع دعوى المدعي بعدها ولا بينته (إن هدم) الحائز العقار الذي لم يخش سقوطه (وبنى) العقار ، فإن هدم ما خشي سقوطـه

وَفِي الشَّرِيكِ ٱلْقَرِيبِ مَعَهُما ، قَوْلَانِ ؛ لَا بَيْنَ أَبٍ وابْنِهِ ، إِلاَّ بِكَهِبَةٍ إِلاَّ أَنْ يَطُولَ مَعَهُما

أو كان يسيراً فلا يعتبر في الحيازة (وفي) تحديد مدة حيازة (الشريك) القائم (القريب) له (معهما) أي الهدم والبناء (قولان) لابن القاسم رحمه الله تعالى قال مرة العشر سنين حيازة ، وقال مرة ليست حيازة إلا أن يطول الزمـان ، أراه مثل الأربعين وهو الذي رجع اليه ابن القاسم وجرى به العمل ، وسواء كانوا أخوة أو لا. ومفهوم إن هدم وبنى أنها لا تكون بينهم بالسكنى والازدراع . ابن رشد تأول بعضهم المدونة على أنها تكون بهما أيضاً وهو بعيد .

(تنبيه)

سكت المصنف عن حيازة القريب غير الشريك ، وذكر ابن رشد أن قول ابن القاسم اختلف فيه فجعله مرة كالقريب الشريك ، قال فيكون قد رجع عن قولـه أن الحيازة تكون بينهم في عشر سنين مع الهدم والبناء إلى أنه لا حيازة بينهم إلا مع الطول الكثير وهو نص قوله في سماع يحيى ، ومرة رآهم بخلاف ذلك ، فلم يرجع عن قوله أن الحيازة بينهم بعشر سنين مع الهدم والبناء ، وهو دليل قوله في السماع المذكور ا هـ . الحط فعلـم من كلام ابن رشد هذا أن القول بأن حكم القريب غير الشريك كحكم القريب الشريك هو الراجح لقوله إنه نص قول ابن القاسم ، وأن الثاني مفهوم من كلامه ، فتحصل أن الحيازة بين الأقارب سواء كانوا شركاء أو غير شركاء لا تكون بالسكنى والازدراع ، وإنمـا تكون بالهدم والبناء في الأمد الطويل الزائد على أربعين سنة على الأرجح ، والله أعلم .

(لا) تكون الحيازة (بين أب وابنه) بشيء (إلا بكهبة) من أحدهما عقار الآخر لأجنبي والآخر حاضر ساكت بلا مانع ، وأدخلت الكاف الصدقة والبيـع والعتق والتدبير والكتابة والوطء وما أشبهها مما لا يفعله إلا المالك في ملكه فيعتبر اتفاقاً قاله ابن رشد ، ولا تعتبر الحيازة بينهما بهدم وبناء إذا فعله أحدهما في عقار الآخر وادعاه لنفسه ، سواء قام عليه الآخر في حياته أو بعد موته على المشهور في كل حـال (إلا أن يطول

مَا تَهْلِكُ الْبَيِّنَاتُ ، وَيَنْقَطِعُ الْعِلْمُ ؛ وَإِنَّمَا تَفْتَرِقُ الدَّارُ مِنْ غَيْرِهَا فِي الْأَجْنَبِيِّ ، فَفِي الدَّابَّةِ وَأَمَةِ الْخِدْمَةِ ، السَّنَتَانِ ، وَيُزَادُ فِي عَبْدٍ وَعَرْضٍ .

معهما) أي الهدم والبناء (ما) أي زمان (تهلك) معه (البينات وينقطع) فيه (العلم) الحط محصل كلام ابن رشد أن الحيازة لا تكون بين أب وابنه بالسكنى والازدراع والإستخدام والركوب اتفاقاً ، وكذا الأقارب الشركاء بميراث أو غيره على الأظهر ، وكذا الشركاء الأجانب بخلاف الأجانب الذين لا شركة بينهم ، فالحيازة بينهم عشرة أعوام على المشهور وإن لم يكن هدم ولا بنيان ، وإن حصل هدم وبنيان وغرس فتكفي الأعوام العشرة في الشريك الأجنبي ، وفي الشريك القريب مع ذلك قولان . وفي كون ذلك في القريب غير الشريك والمولى والصهر الشريكين حيازة ثالثها في الصهر والمولى دون القريب . وفي كون السكنى والازدراع في العشر حيازة لمولى وصهر غير شريكين أو إن هدم وبنى في العشر أو إن طال جداً أقوال ، والله أعلم .

وقال ابن رشد أيضاً تحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والوطء ولو بين أب وابنه ولو قصرت المدة إلا أنه إن حضر مجلس البيع وسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته وكان له الثمن ، وإن سكت بعده العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ حقه ، وإن سكت العام ونحوه فليس له إلا الثمن وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز ، وإن حضر مجلس الهبة والصدقة والعتق والتدبير فسكت حتى انقضى المجلس فلا يكون له شيء ، وإن لم يحضر ثم علم فإن قام حينئذ كان له حقه ، وإن سكت العام ونحوه فلا شيء له ، ويختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق قولان .

(وإنما تفترق الدار) أي العقار (من غيرها) من الرقيق والدواب والعروض (في) مدة حيازة (الأجنبي ففي الدابة) بالنسبة لركوب الأجنبي السنتان (و) في (أمة الخدمة السنتان ويزاد) بضم التحتية على السنتين (في) حيازة (عبد وعرض) ونحوه

لأصبغ ، زاد وصا أحدث الأجنبي في غير الأصول من بيع أو عتق أو كتابة أو تدبير أو صدقة أو وطء في الأمة بعلم مدعيه أو بغير علمه ولم ينكر حين علم استحقه الحائز بذلك . ابن رشد إن الأقارب الشركاء بميراث أو غيره لا خلاف أن الحيازة بينهم لاتكون بالسكنى والازدراع ، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وإن لم تطل المدة ، واستخدام الرقيق وركوب الدواب كالسكنى والازدراع والإستغلال كالهدم والبناء والغرس ، ثم قال ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض ، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والإستخدام والركوب واللبس في الرقيق والدواب والثياب ، فقد قال أصبغ أن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن وأن السنتين والثلاث حيازة في الدواب إذا كانت تركب ، وفي الإماء إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول اهـ .

(تنبيهات)

الأول : علم من كلام ابن رشد أن لبس الثياب كسكنى الدار ، وأنه لا تحصل بـه حيازة بين الأقارب ولو طالت مدته ، وأن استغلال الرقيق والدواب والثياب كالهدم والبناء فتحصل الحيازة بـه بين الأقارب . واختلف في مدتها على قولي ابن القاسم المتقدمين في المتن وبالأمور المفوتة كالبيع ، وعلم هذا من كلام المصنف لأنه جعلها مفوتا بين الأب وابنه فغيرهما بالأولى .

(الثاني) : مفهوم قوله في الأجنبي أن القريب لا تفترق الدار من غيرها في حقه كان شريكا أو غير شريك .

(الثالث) : تقدم في كلام ابن رشد أن الثياب يكفي في حيازتها السنة ، وسكت المصنف عنها ، بل ظاهر كلامه دخولها في العروض .

(الرابع) : التفصيل المتقدم عن ابن رشد لا يؤخذ من المتن ولا من التوضيح وهو أتم فائدة ، والله أعلم .

الخامس : في المدة التي يسقط الدين بها ولد . ابن فرحون في مسائله الملقوطة الساكت طلب دينه ثلاثين سنة لا قول له ، ويصدق الغريم في دعوى دفعه ولا يكلف بينة لإمكان موتهم أو نسيانهم للشهادة اهـ ، من منتخب ابن أبي زمنين وفي كتاب محمد بن يبس في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة أن المدعى عليه مصدق في القضاء ، إذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات اهـ . وقال ابن فرحون وفي مختصر الواضحة عبد الملك قال لي مطرف وأصبغ إذا ادعى رجل على رجل حقاً قديماً وقام عليه بذكر حقه بعد عشرين سنة ونحوها أخذه به ، وعلى الآخر البراءة منه . وفي مفيد الحكام إن ذكر الحق للشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان كثلاثين سنة ، وكذلك الديون وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور ، فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا من الزمان . فيقول قد قضيتك وباد شهودي به فلا شيء على المدين غير اليمين ، وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبضه ، فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه وإلا فعليه البينة بالدفع ، ثم قال الحط أحفظ لابن رشد أنه إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن طال الزمان لعموم قوله ﷺ لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم ، واختاره التونسي إذا كان بوثيقة في يد الطالب ، لأن بقاءها بيده دليل على أنه لم يقضه دينه إذ العادة أنه إذا قضى الدين أخذ عقده أو مزقه ، فإن كان الدين بغير وثيقة ففيه قولان . ابن رشد وليس من وجه الحيازة التي ينتفع بها الحائز ويفرق فيها بين الأقارب والأجنبيين والأصهار وغيرهم ، لأن شرطها جهل أصل وضع اليد وهو هنا معلوم ، والله أعلم .

السادس : طفى قوله وإنما تفارق الدار من غيرها في الأجنبي ، اختصر المصنف قول ابن رشد حيث تكلم على حيازة الأقارب الشركاء بالميراث ، ولا فرق في مدة حيازة

الوارث على الوارث بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض ، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي بالاعتمار والسكنى والإزدراع في الأصول ، والإستخدام والركوب واللبس في الرقيق والدواب والثياب ، فقد قال أصبغ إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن ، وإن السنتين حيازة في الدواب إذا كانت تركب. وفي الإماء إذا كن يستخدمن ، وفي العبد والعروض فوق ذلك ، ولا يبلغ في شيء من ذلك بين الأجنبيين إلى عشرة أعوام كما في الأصول هذا كله معنى قول أصبغ دون نصه اهـ ، فلم يستند في التفريق الذي ذكره إلا لقول أصبغ ، فاقتضى أن أصبغ سوى بين الرباع والأصول والثياب ، وما معها في الشركاء بالميراث مع أن أصبغ فرق بينهما أيضاً ، ففي ابن سلمون أصبغ ومطرف وأما حيازة الشريك الوارث عمن ورث معه في العروض والعبيد بالاختدام واللبس والإمتهان منفرداً به على وجه الملك له فالقضاء فيه أن الحيازة في ذلك فوق العشرة الأعوام على قدر اجتهاد الحاكم عند نزول ذلك اهـ.

فعبارة ابن رشد مشكلة ولذا اعترض ابن مرزوق عبارة المصنف قائلاً مفهوم الحصر يقتضي مساواة الدار وغيرها بالنسبة للأقارب في مدة الحيازة ولا عمل على هذا المفهوم لمخالفته النص . ابن يونس وغيره عن مطرف وما حاز الشركاء والورثة من العبيد والإماء والدواب والحيوان وجميع العروض تختدم وتركب وتمتهن العروض فلا يقطع حق الباقين ما لم يطل ، والطول في ذلك دون الطول بينهم في حيازة الدور والأرضين بالسكنى والإزدراع وفوق حيازة الأجنبي على الأجنبي اهـ .

وما نقله ابن يونس عن مطرف يرجع لما نقله ابن سلمون عنه مع أصبغ، وقوله والطول في ذلك دون الطول في حيازة الدور والأرضين بالسكنى والازدراع مدة ذلك بالنسبة للسكنى والازدراع في كلام ابن عاصم وغيره تزيد على أربعين سنة ونصه في تحفته :

والأقربون حالهم مختلف بحسب اعتمادهم يختلف
فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار
فهو بما يجوز الأربعين

وفي منتقى الأحكام إذا حاز الوارث على الوارث الأصول بالسكنى والازدراع ونحو ذلك فلا يكون حيازة حتى يزيد على الأربعين سنة خلافاً لقول ابن رشد لا حيازة بين الورثة الشركاء بالسكنى والازدراع وإن طال الزمان جداً ، وهذا قول ابن القاسم في رسم الكبش من سماع يحيى ، وقال ابن رشد في رسم يسلف لا اختلاف أن الحيازة لا تكون بالسكنى والازدراع في حق الأقارب الشركاء في الميراث إلا على ما تأوله بعض الناس على ما في المدونة وهو بعيد ، وقال في رسم الأقضية المشهور أن الوارثين لا حيازة بينهم بالسكنى والاعتمار اه ، فقد ظهر لك أن أصبغ كما فرق بين العقار وغيره في حيازة الأجنبي كذلك فرق بينهما في حيازة القريب .

وأما ابن القاسم فسوى بين الأصول وغيرها بالنسبة للأجنبي ففيها ابن القاسم من حاز على حاضر عروضاً أو حيواناً أو رقيقاً فذلك كالحيازة في الربع إذا كانت الثياب تلبس وتمتهن ، والدواب تركب وتكرى ، والأمة توطأ ، ولم يحد لي مالك في الحيازة في الرباع عشر سنين ولا غيرها اه . وأما بالنسبة للأقارب الشركاء ففي رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق في رجل يحوز مالة ابنه في حياته في الحيوان الرأس والدابة حتى يموت أبوه وذلك الحيوان في يده ، فيقول ورثته هذا الرأس لأبينا والدابة له ولا بينة له على صدقته ولا على عطيته ، فهل ينتفع بطول تقادمه في يده ، والأصل معروف .

ابن القاسم لا ينتفع بطول تقادمه في يده . ابن رشد هذا من قول ابن القاسم مثل ما تقدم من قول مالك في رسم يسلف من سماع ابن القاسم في أن الابن لا ينتفع بحيازة الأرض على أبيه بالازدراع والاعتمار ، وفي رسم الكبش من سماع يحيى في امرأة هلك زوجها وترك منزلا ورقيقاً فعاشت المرأة وولد الرجل من غيرها زماناً وتزوجت بعده زوجاً وزوجين ثم هلكت فقام ولدها من زوجها الذي تزوجها بعد الأول يطلب مورثها من زوجها الأول في رباعه ورقيقه فقال ولد زوجها الأول قد عايشتنا أمكم زماناً طويلا وكانت عالمة بحقها ، ووجه خصومتها منذ عشرين سنة فلم تطلب قبلنا شيئاً حتى ماتت ، فقال لا أرى أن يقطع سكوتها بما ذكرت من الزمان موروثاً معروفاً لها وولدها في القيام

بطلبه على مثل حجتها لا يقطع حقها طول سكوتها في موروثها من زوجها الأول ، لأن حال الورثة عندي في هذا مخالف لغيرهم إلا أن يكونوا اقتسموا بعلمها حتى صار كل واحد بنصيبه من الإرث ، وبأن بحقه من أثمان ما باعوا وبحقه مما اقتسموا من الرقيق والعروض وهي ساكتة حاضرة لا تدعي شيئاً ، فهذا الذي يقطع حجتها ويبطل طلبها .

قلت فإن لم يقتسموا ببينة واقتطع كل وارث أرضاً يزرعها وتنسب إليه أو داراً يسكنها أو رقيقاً يختدمه أو بقراً أو غنماً يحتلبها أو دواب يستغلها فكل وارث قبض مما نصصت لك شيئاً قد بان بمنفعته دون إشراكه فإليه ينسب وله يعرف ، ولو كلفوا البينة على الاقتسام لم يجدوها لطول الزمان ، وليس في يد المرأة من ذلك شيء ، وعسى أن يكون في يدها شيء يسير ، أترى هذا إذا طال الزمان يقطع حقها من الموروث قال أرى هذا يمنعها من أخذ حقها .

ابن رشد قوله في هذه المسألة لا أرى أن يقطع حقها سكوتها مثل ما تقدم من قوله قبل هذا أنه لا حيازة بين الأقارب ، وقوله أو دواب يستغلها هل هو بمنزلة الانتفاع بالسكنى والاستخدام لا تقع الحيازة به بين الورثة أو تقع به الحيازة بينهم ، وأظن أنه وقع في بعض الكتب أو دواب يستعملها وهو طرده على ما ذكره اهـ ، فقد ظهر لك أن ابن القاسم سوى بين الأصول وغيرها في الأجانب والأقارب ، ولم أر التفصيل الذي ذكره ابن رشد من أن التفريق في الأجنبي فقط إلا أنه رجل حافظ ، ولعله تفقه له فتأمل ذلك وقد جرى الحط على طريق ابن رشد مقتصراً عليه .

وأما هو فقال اعتراض ابن مرزوق صحيح ، بل ربما يتعين المصير له لموافقته لما في النوادر وهو مقدم على ما يدل عليه كلام ابن رشد اهـ ، كلام طفى وقد اختصره البناني وأقره . أقول في قوله وأما ابن القاسم فقد سوى بين الأصول وغيرها نظر ، فإن نص المدونة لا يفيد ذلك ، إذ الظاهر أن التشبيه فيه في التفويت وعدم سماع الدعوى والبينة وإن اختلفت مدة الحيازة ، بدليل ذكره وطء الأمة التي لا يشترط فيه طول المدة ، وبدليل تخصيص الرباع في قوله ولم يحد لي مالك في الحيازة في الرباع الخ ، وبدليل تقديم التشبيه على بيان المدة ، والله أعلم .

فهرس الجزء الثامن من منح الجليل

★ ★